



**University of  
Zurich<sup>UZH</sup>**

**Zurich Open Repository and  
Archive**

University of Zurich  
University Library  
Strickhofstrasse 39  
CH-8057 Zurich  
[www.zora.uzh.ch](http://www.zora.uzh.ch)

---

Year: 2010

---

## **Perspektiven anderer Mitgliedstaaten : Frankreich**

Babusiaux, Ulrike

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich  
ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-39606>  
Book Section

Originally published at:

Babusiaux, Ulrike (2010). Perspektiven anderer Mitgliedstaaten : Frankreich. In: Riesenhuber, Karl. Europäische Methodenlehre : Handbuch für Ausbildung und Praxis. Berlin: de Gruyter, 720-747.

DE GRUYTER

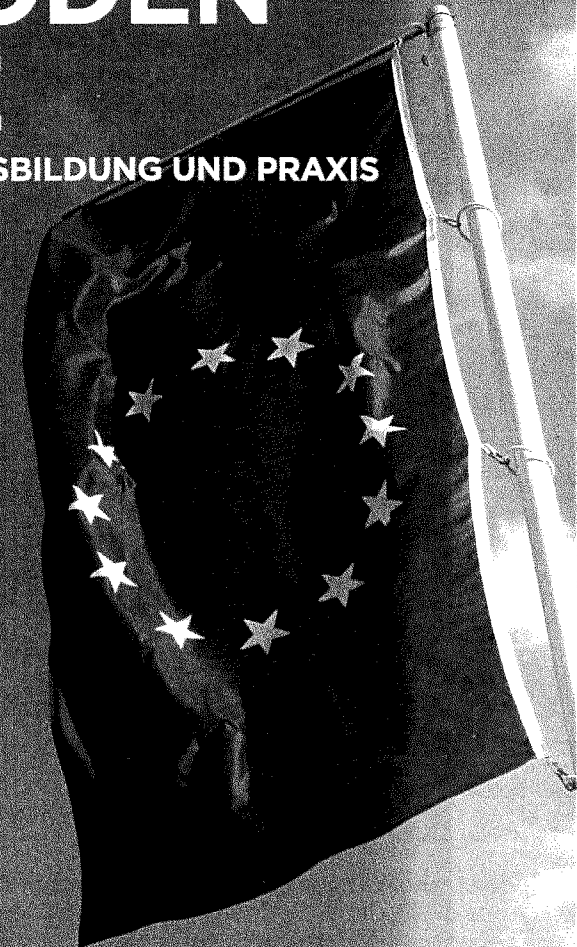
STUDIUM

*Karl Riesenhuber (Hrsg.)*

# EUROPÄISCHE METHODEN- LEHRE

HANDBUCH FÜR AUSBILDUNG UND PRAXIS

2. AUFLAGE



DE  
G

## Abschnitt 3 Perspektiven anderer Mitgliedstaaten

## § 24 Frankreich

Ulrike Babusiaux

## Übersicht

I. Die europäische Rechtsangleichung als Rechtsquellenfrage	Rn. 1–5
II. Zum Verhältnis von nationalem französischen Recht und Gemeinschaftsrecht	6–13
1. Primäres Gemeinschaftsrecht	6–10
2. Sekundäres Gemeinschaftsrecht	11–13
III. Die Veränderung der richterlichen Funktion als Methodenproblem	14–31
1. Das traditionelle Verständnis der jurisdiktionellen Funktion	15
2. Der nationale Richter als Anwender des Gemeinschaftsrechts	16–22
a) Unmittelbarkeitsgrundsatz ( <i>immédiateté</i> ) und Auslegungshoheit des EuGH	17–18
b) Anwendungsvorrang ( <i>primauté</i> ) des Gemeinschaftsrechts	19–22
aa) Gewaltenteilung im Gerichtswesen und Gemeinschaftsrecht	20
bb) Die Parteiautonomie und die Berücksichtigung des Gemeinschaftsrechts von Amts wegen	21–22
3. Die (notwendige) Koordination von Rechtsquellen nationalen und gemeinschaftsrechtlichen Ursprungs	23–31
a) Die primärrechtskonforme Auslegung	24
b) Die sekundärrechts-, insbesondere richtlinienkonforme Auslegung	25–29
c) Das Gemeinschaftsrecht als Inspirationsquelle der Rechtsfortbildung	30–31
IV. Zusammenfassung und vergleichende Bemerkungen	32–33

**Literatur:** Ulrike Babusiaux, Die richtlinienkonforme Auslegung im deutschen und französischen Zivilrecht (2007); Amin Barav, La fonction communautaire du juge national, unveröff. Diss. Strasbourg (1983); ders., La plénitude du juge national en sa qualité de juge communautaire, in: L'Europe et le droit – Mélanges en hommage à Jean Boulouis (1991), S. 1–20; Jean-Sylvestre Bergé/Marie-Laure Niboyet (Hrsg.), La réception du droit communautaire en droit privé des États membres (2003); Guy Canivet, Le droit communautaire et le juge national, in: Denys Simon (Hrsg.), Le droit communautaire et les métamorphoses du droit (2003), S. 81–95; Chloé Charpy, Le statut constitutionnel du droit communautaire dans la jurisprudence (récente) du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État, RFDC 79 (2009), 621–647; Ioannis S. Delicostopoulos, Le procès civil à l'épreuve du droit processuel européen (2003); Olivier Dubos, Les juridictions nationales juge communautaire (2001); Aline Humbert, La mutation de l'office du juge français: réflexions sur l'influence du droit d'origine externe sur la fonction juridictionnelle, unveröff. Diss. Strasbourg (2005); Bélig Nabli, L'exercice des fonctions d'État membre de la Communauté européenne (2007); Hans Jürgen Sonnenberger, Auf dem Weg zu einer europä-

ischen Rechtsquellenordnung – Das französische Verständnis rechtsvergleichend skizziert, in: Peter Badura/Rupert Scholz (Hrsg.), Festschrift für Peter Lerche (1993), S. 545–599.

**Rechtsprechung:** Cass. mixte v. 24.5.1975, *Cafés Jacques Vabre*, Bull. civ. Nr. 4; C.E. Ass. v. 20.10.1989, *Nicolo*, Rec. S. 190; C.E. Ass. v. 8.2.2007, *Sté Arcelor Atlantique*, Rec. S. 55; Cons. const., déc. Nr. 2004-505 DC v. 19.11.2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, Rec. S. 173; Cons. const., déc. Nr. 2004-496 DC v. 10.6.2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, Rec. S. 101; Cons. const., déc. Nr. 2006-535 DC v. 30.3.2006, *Loi pour l'égalité des chances*, Rec. S. 50.

## I. Die europäische Rechtsangleichung als Rechtsquellenfrage

Die französische Doktrin sieht das Neben- und Miteinander von nationalem Privatrecht und Gemeinschaftsrecht nicht als Methodenproblem der Gesetzesanwendung und -auslegung, sondern vorrangig als Rechtsquellenfrage, d.h. als Problem der Koordination der nationalen und gemeinschaftsrechtlichen Rechtsquellen.<sup>1</sup>

Diese Perspektive ist vor allem darauf zurückzuführen, dass die französische Privatrechtswissenschaft in Folge des grundlegenden Werkes von François Génys<sup>2</sup> zwei Ebenen der Rechtsanwendung unterscheidet. Ausgangspunkt ist die eigentliche und eng verstandene Gesetzesauslegung.<sup>3</sup> Sie umfasst die Anwendung eines im Wortlaut klaren Gesetzes ebenso wie die Erforschung des gesetzgeberischen Willens eines *prima facie* unklaren Gesetzestextes.<sup>4</sup> Alle hierüber hinausgehende richterliche Tätigkeit ist keine Gesetzesanwendung, sondern die „freie“ Rechtsfindung des Richters, deren Regeln Génys beschrieben hat.<sup>5</sup> „Frei“ ist der Richter nur insoweit, als er seine Entscheidung ohne Gesetzestext zu fällen hat, sich also nicht auf eine formelle Rechtsquelle zurückziehen kann. Im Gegensatz zur (deutschen) Freirechtsschule verlangt die *libre recherche scientifique* dagegen eine wissenschaftliche, d.h. objektivierte Entscheidungsfindung. Sie soll dadurch erreicht werden, dass der Richter die rechtlichen wie tatsächlichen Argumente für die jeweilige Lösung ermittelt und gegeneinander abwägt. Da der Richter eine zeitgemäße und den aktuellen sozialen Gegebenheiten

1 Ausführlich dazu Babusiaux, Die richtlinienkonforme Auslegung (2007), S. 48–57. Allgemein zur juristischen Methodenlehre in Frankreich Bergel, *Méthodologie juridique* (2001), S. 35–41 und S. 217 zur „Koordination von Regeln mit Herkunft aus unterschiedlichen Rechtssystemen“ (*coordination de règles de droit issues de systèmes juridiques différents*).

2 Génys, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2 Bde. (2. Aufl. 1919).

3 Vgl. Génys, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* (2. Aufl. 1919), Bd. 2, S. 74 f., dazu Frydman, *Le sens des lois* (2005), S. 488–490. Zum Mythos der *école d'exégèse*, der hier zu Unrecht gepflegt wird, vgl. Bürge, *Das französische Privatrecht im 19. Jahrhundert* (2. Aufl. 1995), S. 225–245.

4 In Folge der Kritik Génys an der (angeblichen) *école de l'exégèse* wird hier oft übertrieben. Zu Recht betont die Übereinstimmungen dagegen Cornu, *Droit civil. Introduction, les personnes, les biens* (12. Aufl. 2005), Rn. 403.

5 Génys, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* (2. Aufl. 1919), Bd. 2, S. 74–234; zum Fortwirken Génys vgl. nur Jamin, François Génys d'un siècle à l'autre, in: Jestaz/Thomasset/Vanderlinden (Hrsg.), François Génys, Mythe et réalité (2000), S. 25–28.

angemessene Entscheidung zu treffen hat, darf er nach *Génys* Konstruktion auch dem Willen des historischen Gesetzgebers widersprechen, wenn dieser von anderen Voraussetzungen als zum Entscheidungszeitpunkt vorliegen, ausging.<sup>6</sup>

- 3 Die beiden Rechtsanwendungsstufen nach *Gény* lassen sich nach den Vorgaben des Rechtsverweigerungsverbot in Art. 4 *Code civil* (C.civ.) abgrenzen. Nach dieser Vorschrift kann der Richter, der die Urteilsfindung unter dem Vorwand des Schweigens, der Undeutlichkeit oder der Unvollständigkeit des Gesetzes verweigert, wegen Verstoßes gegen das Rechtsverweigerungsverbot strafrechtlich verfolgt werden.<sup>7</sup> Wenn der Rechtsanwender mithin auch dann zu entscheiden hat, wenn dem Gesetz bei subjektiver Auslegung keine klare *Maxime* zu entnehmen ist, so handelt es sich nicht mehr um Gesetzesauslegung (*interprétation*)<sup>8</sup>, sondern um textlich nicht gebundene, freie Rechtsfindung (*libre recherche*).
- 4 Folgt man *Gény*, kann der Richter dabei alle sonstigen Erkenntnisquellen zur Begründung seiner rechtlichen Lösung heranziehen<sup>9</sup>, ist also gerade nicht auf das „Recht“ im Sinne einer echten Rechtsquelle beschränkt. Inwieweit Art. 12 Abs. 1 *Nouveau Code de procédure civile* (NCPC), der den Richter an das Recht bindet<sup>10</sup>, hier Grenzen setzt, ist in der Doktrin umstritten, was auch mit den Schwierigkeiten des Rechtsquellenbegriffs zusammenhängen dürfte, dessen Grenzen zum soziologischen Rechtsquellenbegriff durchaus unschärfer sind als in der deutschen Rechtstheorie.<sup>11</sup> Seit den 70er Jahren gibt es eine intensive Diskussion darüber, ob nicht die Jurisprudenz oder sogar die Doktrin selbst Rechtsquelle sei. Dabei wird immer wieder darauf verwiesen, dass es für den Einzelfall im Ergebnis keinen Unterschied bedeutet, ob der Richter, der zur Entscheidung gezwungen ist, letztere aus einer echten Rechtsquelle ableitet oder aus einer soziologischen. Grundlage der Rechtsgeltung im Einzelfall (vgl. Art. 5 C.civ., dazu unter Rn. 15) ist der Richterspruch, nicht die Rechtsquelle selbst.<sup>12</sup>

6 *Gény*, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* (2. Aufl. 1919), Bd. 1, S. 222–226.

7 Art. 4 C.civ.: *Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice*, dazu die Nachweise bei *Frison-Roche*, in: *Juris-classeur de droit civil* (1996), Art. 4 C.civ. Rn. 31–43; zuletzt *Terré*, *Introduction générale au droit* (7. Aufl. 2006), Rn. 352 f.

8 Gemeint ist ein enges Verständnis im Sinne der Ermittlung des gesetzgeberischen Willens (*détermination du sens d'un texte*), vgl. auch *Rieg*, in: *L'interprétation par le juge des règles écrites*, *Travaux Association Henri Capitant XXIV* (1978/79), S. 70.

9 *Gény*, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* (2. Aufl. 1919), Bd. 2, bes. S. 77–79, S. 93–113.

10 Art. 12 Abs. 1 NCPC: *Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables* (Der Richter entscheidet den Rechtsstreit in Übereinstimmung mit den Rechtsregeln, die auf ihn anwendbar sind).

11 Sehr klar *Carbonnier*, *Droit civil I* (2004) S. 192–309; *Sonnenberger*, FS *Lerche* (1993), S. 545–599 mwN.

12 Auch die *interprétation téléologique*, die *Terré*, *Introduction générale au droit* (7. Aufl. 2006), Rn. 554 als aktuell vorherrschende ansieht, lässt sich hier unterbringen.

Aus diesen Vorbemerkungen ergibt sich die Notwendigkeit, im Rahmen einer Untersuchung der Europäischen Methodenlehre in Frankreich zunächst das Verhältnis von nationalem französischen Recht und europäischem Gemeinschaftsrecht darzustellen (II), bevor die Frage untersucht wird, die die meisten französischen Kommentatoren als Hauptproblem der europäischen Rechtsangleichung ansehen: Die Veränderung der jurisdiktionellen Funktion des Richters durch das Gemeinschaftsrecht und die gemeinschaftsrechtliche Ausweitung seiner Handlungskompetenzen, v.a. gegenüber dem Gesetzgeber (III). Im Anschluss daran sind die zurzeit noch offenen Probleme des französischen Diskurses anzusprechen, die mit einem kurzen Vergleich zur deutschen Diskussion abschließen (IV).

## II. Zum Verhältnis zwischen nationalem französischen Recht und Gemeinschaftsrecht

Für das Verhältnis zwischen nationalem französischen Recht und Gemeinschaftsrecht ist zu unterscheiden zwischen dem europäischen Primärrecht (*droit communautaire originaire*), das sich nach den für alle völkerrechtlichen Verträge geltenden Prinzipien richtet, und dem Sekundärrecht (*droit communautaire dérivé*), für das die französische Verfassung Sonderregeln kennt, die der Verfassungsrat (*Conseil constitutionnel*) konkretisiert hat.

### 1. Primäres Gemeinschaftsrecht

Für die Integration des internationalen Rechts in die französische Rechtsordnung folgt die französische Verfassung der Fünften Republik (*Constitution* 1958 [Const.]) dem traditionellen Ansatz des Monismus.<sup>13</sup> Art. 53 Const. bestimmt, dass „Friedensverträge, Handelsabkommen, Abkommen und Verträge mit Blick auf die internationale Organisation, solche, die die Finanzen des Staates binden, solche, die Bestimmungen gesetzlicher Natur verändern, solche, die den Status von Personen betreffen, solche, die eine Abtrennung, Austausch oder Hinzufügung des Territoriums betreffen, nur durch ein Gesetz ratifiziert werden können.“<sup>14</sup> Das hiermit für die wichtigsten völkerrechtlichen Verträge vorgeschriebene Gesetz dient lediglich der Ratifizierung. Ist diese ordnungsgemäß vollzogen, hat der Vertrag ohne weiteren Umsetzungsakt unmittelbare Geltung<sup>15</sup> und ist selbstvollziehend (*autoexécutoire*). Normenhierarchisch steht der völkerrechtliche Vertrag wie Art. 55 Const. bestimmt auf der zweitobersten

13 Vgl. *Dupuy*, *Droit international public* (8. Aufl. 2006), Rn. 423 und Rn. 434 zu dualistischen Tendenzen in der Rechtsprechung, v.a. des *Conseil d'État*.

14 Art. 53 Const.: *Les traités de paix, les traités de commerce, les traités ou accords relatifs à l'organisation internationale, ceux qui engagent les finances de l'État, ceux qui modifient des dispositions de nature législative, ceux qui sont relatifs à l'état des personnes, ceux qui comportent cession, échange ou adjonction de territoire, ne peuvent être ratifiés ou approuvés qu'en vertu d'une loi. Ils ne prennent effet qu'après avoir été ratifiés ou approuvés.*

15 Vgl. *Terré*, *Introduction générale au droit* (7. Aufl. 2006), Rn. 206.

Stufe der französischen Rechtsordnung, unterhalb der Verfassung (*constitution*) und oberhalb des Gesetzes (*loi*)<sup>16</sup>, sofern er auch von der anderen Seite angewandt wird (*réserve de réciprocité*).<sup>17</sup>

- 8 Die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit eines völkerrechtlichen Vertrages ist gemäß Art. 54 *Const.* auf eine a priori-Kontrolle beschränkt. So untersucht der *Conseil constitutionnel* vor der Ratifikation auf Antrag des Präsidenten der Republik, des Premierministers oder eines Präsidenten der beiden Parlamentskammern, ob der zu ratifizierende Vertrag verfassungskonform ist.<sup>18</sup> Stellt der *Conseil constitutionnel* die Inkompatibilität des Vertrages mit der Verfassung fest, ist letztere anzupassen. Auf diese Weise ist die Verfassung der V. Republik für die Annahme des Vertrages von Maastricht und Lissabon geändert worden. Ist der Vertrag mit oder ohne Anrufung des *Conseil constitutionnel* ratifiziert worden, kann er nachträglich nicht mehr auf seine Verfassungskonformität überprüft werden. Dies gilt für den *Conseil constitutionnel* und a fortiori für die Fachgerichte, d.h. auch für die *Cour de cassation* als höchstem französischen Zivilgericht und den *Conseil d'État* als oberstem Verwaltungsgericht.<sup>19</sup>
- 9 Die Fachgerichte überwachen dagegen die Vereinbarkeit von Gesetzen mit völkerrechtlichen Verträgen, d.h. die „Vertragskonformität“ des nationalen Gesetzes (*conventionnalité de la loi*). Dabei fühlten sich beide Gerichtszweige traditionell derart eng an den gesetzgeberischen Willen gebunden<sup>20</sup>, dass sie vermieden, ein Gesetz, das nach der Ratifizierung des völkerrechtlichen Vertrages erlassen worden war und gegen diesen verstieß, unangewendet zu lassen. Insoweit sollte trotz des normenhierarchischen Vorrangs des völkerrechtlichen Vertrages die *lex-posterior*-Regel gelten, da es den Fachgerichten verwehrt sei, die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes, d.h. die in Art. 55 *Const.* angesprochene Normenhierarchie, zu überprüfen.<sup>21</sup> Mit Blick auf das europäische Recht hat die *Cour de cassation* diese Rechtsprechung schon 1975 in der

16 Art. 55 *Const.*: Bei ordnungsgemäßer Ratifizierung oder Zustimmung gehen Verträge oder Abkommen mit ihrer Veröffentlichung den Gesetzen vor, vorbehaltlich der jeweiligen Anwendung des Abkommens oder des Vertrages durch die andere Partei (*Les traités ou accords ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie.*)

17 Terré, *Introduction générale au droit* (7. Aufl. 2006), Rn. 263 f. Kritisch zu diesem Vorbehalt Dupuy, *Droit international public* (2006), Rn. 423.

18 Art. 54 *Const.*: Wenn der (...) angerufene Verfassungsrat erklärt hat, dass eine internationale Verpflichtung eine der Verfassung entgegenstehende Klausel enthält, darf die Ermächtigung zu deren Ratifizierung oder Zustimmung erst nach Verfassungsänderung ergehen. (*Si le Conseil constitutionnel, (...) a déclaré qu'un engagement international comporte une clause contraire à la Constitution, l'autorisation de ratifier ou d'approuver l'engagement international en cause ne peut intervenir qu'après la révision de la Constitution.*)

19 Zum Gerichtsaufbau vgl. nur Sonnenberger/Autexier, *Einführung in das französische Recht* (3. Aufl. 2000), S. 51–55 mwN.

20 Vgl. auch Dupuy, *Droit international public* (8. Aufl. 2006), Rn. 433.

21 Vgl. Dupuy, *Droit international public* (8. Aufl. 2006), Rn. 435.

immer noch grundlegenden Entscheidung *Cafés Jacques Vabre* aufgegeben.<sup>22</sup> Sie betraf die Frage, ob die Gesellschaft *Cafés Jacques Vabre*, die Instantkaffee aus den Niederlanden importiert hatte, sich auf das Zollverbot des Art. 95 der Römischen Verträge von 1957 berufen konnte (Art. 30 AEUV/25 EG), obwohl das 1966 erlassene Zollgesetz einen entsprechenden Zoll vorsah. Nach der bis dato gültigen Rechtsprechung hätte sich das spätere Gesetz gegenüber dem völkerrechtlichen Vertrag durchgesetzt. Die *Cour de cassation* wies diese Möglichkeit zurück: „Aber unter Berücksichtigung, dass der Vertrag vom 25. März 1957, der aufgrund des Art. 55 der Verfassung einen höheren Rang hat als Gesetze, eine eigene Rechtsordnung geschaffen hat, die in die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten integriert ist, (...) hat die *Cour d'appel* zu Recht entschieden, Art. 95 des Vertrages in diesem Fall anzuwenden unter Ausschluss des Art. 265 des Zollgesetzes, auch wenn dieser letzte Text später ergangen sei.“<sup>23</sup> Damit hat die *Cour de cassation* gleichzeitig den Vorrang des Gemeinschaftsrechts vor dem nationalen Recht anerkannt (vgl. dazu unten Rn. 19).

Die Verwaltungsgerichtsbarkeit, d.h. der *Conseil d'État*, hat länger an der traditionellen Position festgehalten und erst 1989 (*Nicolo*) anerkannt, dass das primäre Gemeinschaftsrecht Vorrang vor dem französischen Gesetz hat. Entsprechend hat der *Conseil d'État* das Wahlgesetz unangewendet gelassen, das gegen die Römischen Verträge verstieß<sup>24</sup>, obwohl es nach deren Ratifikation erlassen worden war. Den damit anerkannten Vorrang des Gemeinschaftsrechts hat der *Conseil d'État* dann aber rasch auch auf das sekundäre Gemeinschaftsrecht<sup>25</sup> übertragen.

## 2. Sekundäres Gemeinschaftsrecht

Bis 2004 wurde in der Rechtsprechung auch das Sekundärrecht nach den Vorgaben des Art. 55 *Const.* behandelt. So charakterisierte der *Conseil constitutionnel* das Sekundärrecht als „Folgen der von Frankreich übernommenen völkerrechtlichen Verpflichtungen, die in den Anwendungsbereich des Art. 55 *Const.* übergegangen sind“.<sup>26</sup> Die in der Logik des Gemeinschaftsrechts zutreffende Charakterisierung bringt freilich mit sich, dass die in der Verfassung vorgesehene rein präventive Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit des supranationalen Rechtes beim Sekundärrecht

22 Cass. mixte v. 24.5.1975, *Cafés Jacques Vabre*, Bull. civ. Nr. 4. Weitere Rechtsprechung der *Cour de cassation* bei Tallec, *Mélanges Boulouis* (1991), S. 368–370 und Chaltiel, *La souveraineté de l'état et l'union européenne* (2000), S. 312 f. mwN.

23 „Mais attendu que le Traité du 25 mars 1957, qui, en vertu de l'article [55] de la Constitution, a une autorité supérieure à celle des lois, institue un ordre juridique propre intégré à celui des Etats membres; (...) que, dès lors, c'est à bon droit, (...) que la cour d'appel a décidé que l'article 95 du traité devait être appliquée en l'espèce, à l'exclusion de l'article 265 du Code des douanes, bien que ce dernier texte fût postérieur.“

24 C.E. Ass. v. 20.10.1989, *Nicolo*, Rec. S. 190.

25 Vgl. C.E. v. 24.9.1990, *Boisdet*, Rec. S. 251; C.E. Ass. 28.2.1992, *S.A. Rothmans int. France*, S.A. *Philips Morris France*, Rec. S. 78/81.

26 Cons. const., déc. Nr. 77–90 v. 30.12.1977, *Isoglucose*, Rec. S. 44: „conséquences d'engagements internationaux souscrits par la France qui sont entrés dans le champ de l'article 55 de la constitution“.



vollständig ins Leere geht. So erkannte sich der *Conseil constitutionnel* zwar eine Kontrollbefugnis nach Art. 54 Const. bei Änderungen des völkerrechtlichen Vertrages zu, konnte also über neue Vertragsgrundlagen befinden. Das französische Verfassungsgericht weigerte sich aber, die Verfassungskonformität des sekundären Gemeinschaftsrechts zu beurteilen, da dieses nach der eigentlichen Ratifikation entsteht.

- 12 Gestützt auf Art. 88-1 Const., den erst die Verfassungsänderung zum Vertrag von Maastricht eingeführt hatte, fand der *Conseil constitutionnel* im Jahre 2004 eine Möglichkeit, Umsetzungsgesetze auf ihre Verfassungsmäßigkeit zu kontrollieren.<sup>27</sup> Art. 88-1 Const. regelt erstmalig die Übertragung von Rechtssetzungskompetenzen auf die Europäischen Gemeinschaften und die Europäische Union.<sup>28</sup> Hieraus leitete der *Conseil constitutionnel* ab, auch die Umsetzung gemeinschaftsrechtlicher Richtlinien, die aus der Rechtssetzung der überstaatlichen Organisation stammen, in das innerstaatliche Recht sei ein Verfassungsgebot (*exigence constitutionnelle*), dem lediglich eine ausdrückliche gegenteilige Bestimmung der Verfassung entgegengesetzt werden könne. In der Konsequenz dieser Entscheidung liegt es, dass sich der *Conseil constitutionnel* nunmehr nicht nur die Befugnis zuerkennt zu prüfen, ob der Gesetzgeber seiner verfassungsrechtlichen Verpflichtung nachgekommen ist, sondern auch, ob die Umsetzung nicht offensichtlich mit anderen verfassungsrechtlichen Vorgaben kollidiert.<sup>29</sup> Der *Conseil d'État* hat diese verfassungsgerichtlichen Vorgaben 2007 in der Entscheidung *Sté Arcelor* auf die fachgerichtliche Ebene übertragen.<sup>30</sup> So stellt das oberste Verwaltungsgericht bei einem Konflikt zwischen Richtlinie und verfassungsrechtlichen Prinzipien die ihm nach eigenem Bekunden zustehende verfassungsrechtliche Kontrolle der Richtlinie solange zurück, wie es auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene ein vergleichbares Schutzniveau feststellt. Entsprechend hat der *Conseil d'État* in der Sache *Sté Arcelor* das Verfahren mit Blick auf den auch im Gemeinschaftsrecht anerkannten Gleichheitsgrundsatz (*principe d'égalité*) ausgesetzt und dem EuGH die Frage vorgelegt, ob die gerügte Ungleichbehandlung verschiedener Emittenten von Treibhausgasen einen Verstoß gegen den (gemeinschaftsrechtlichen) Gleichheitsgrundsatz bedeute.<sup>31</sup> Nachdem der EuGH die Vorlagefrage verneint hat, hat der *Conseil d'État* auch diese Konsequenz hingenommen und die Klage unter Be-

27 Cons. const., déc. Nr. 2004-496 DC v. 10.6.2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, Rec. S. 101.

28 Art. 88-1 Const.: Die Republik wirkt an den Europäischen Gemeinschaften und der Europäischen Union mit, die aus Staaten gebildet sind, die sich gemäß den Gründungsverträgen frei entschlossen haben, einige ihrer Kompetenzen gemeinsam auszuüben (*La république participe aux Communautés européennes et à l'Union européenne, constituées d'États qui ont choisi librement, en vertu des traités qui les ont instituées, d'exercer en commun certaines de leurs compétences.*)

29 Vgl. v.a. Cons. const., déc. Nr. 2006-540 DC v. 27.7.2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, Rec. S. 88; Cons. const., déc. Nr. 2006-543 DC v. 30.11.2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*, Rec. S. 50. Zum Ganzen v.a. Charpy, RFDC 79 (2009), 621, 625 f.

30 C.E. Ass. v. 8.2.2008, *Sté Arcelor Atlantique et Lorraine*, Rec. S. 55.

31 EuGH v. 16.12.2008 – Rs. C-127/07 *Société Arcelor Atlantique et Lorraine*, (noch nicht in Slg.).

rufung auf die Vorentscheidung abgewiesen.<sup>32</sup> Der Vorrang der Verfassung gegenüber dem Gemeinschaftsrecht, den zwischenzeitlich auch die *Cour de cassation* behauptet hatte<sup>33</sup>, schien mithin auf Extremfälle begrenzt, in denen das Gemeinschaftsrecht keinen gleichwertigen Schutz bietet oder evident gegen die französische Verfassungsordnung verstößt.

Mit der Verfassungsreform vom 23. Juni 2008 hat sich diese Lage erneut verändert. Die Reform führt in Frankreich mit Art. 61-1 Const. erstmalig eine konkrete Normenkontrolle für Gesetze ein. Auf diese Weise erweitert die Reform nicht nur die Befugnisse des *Conseil constitutionnel*, sondern beseitigt auch die lange geltende Immunität des Gesetzgebers im Verhältnis zu den Fachgerichten. Sie gründete auf der Theorie vom Gesetzesschirm (*théorie de la loi-écran*), die besagte, dass die Gerichte nicht über das Gesetz hinaus die Verfassung heranziehen dürfen, um den Gesetzgeber zu kontrollieren. Demgegenüber bestimmt Art. 61-1 Const.: „Wenn anlässlich eines Gerichtsverfahrens vor einem Gericht vorgetragen wird, dass eine gesetzliche Bestimmung Rechte oder Freiheitsrechte verletzt, die von der Verfassung garantiert werden, kann der *Conseil constitutionnel* durch Vorlage des *Conseil d'État* oder der *Cour de cassation* mit dieser Frage befasst werden.“<sup>34</sup> Für das hier interessierende Verhältnis von Verfassungs- und Gemeinschaftsrecht ist von Bedeutung, dass das die Verfassung konkretisierende Verfassungsgesetz (*Loi organique* Nr. 2009-1523 v. 10. Dezember 2009) versucht, einen prozeduralen Vorrang zugunsten der Verfassungsmäßigkeitskontrolle vor der Kontrolle der Gemeinschaftsrechtskonformität zu etablieren. So sollen die Fachgerichte nach Art. 23-1 des geänderten Verfassungsgesetzes über den *Conseil constitutionnel* die Verfassungsmäßigkeit einer Norm vorrangig vor ihrer Gemeinschaftsrechtswidrigkeit untersuchen.<sup>35</sup> Weiter sind sie verpflichtet, vor einer Vor-

32 Vgl. Guyomar, RFDA 2009, 800–802 und C.E. v. 3.6.2009, *Sté Arcelor Atlantique et Lorraine*.

33 Cass. Ass. v. 2.6.2000, *Fraïsse*, Rec. 2000, 865; C.E. Ass. v. 30.10.1998 *Sarran, Levacher et autres*, Rec. S. 368. Ein Überblick hierzu bei Charpy, RFDC 79 (2009), 621, 628–630.

34 Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation (...).

35 Art. 23-2 Abs. 2 des Verfassungsgesetzes über den *Conseil constitution* (in der Fassung des Verfassungsgesetzes Nr. 2009-1523 v. 10.11.2009): Wenn das Gericht über einen Antrag zu entscheiden hat, in dem sowohl die Vereinbarkeit der gesetzlichen Bestimmung mit verfassungsrechtlich garantierten Rechten und Freiheiten als auch die Vereinbarkeit mit internationalen Verpflichtungen Frankreichs gerügt wird, muss es sich in jedem Fall vorrangig über die Vorlage der Frage der Verfassungsmäßigkeit beim *Conseil d'État* oder der *Cour de cassation* aussprechen. (*En tout état de cause, la juridiction doit, lorsqu'elle est saisie de moyens contestant la conformité d'une disposition législative d'une part aux droits et libertés garantis par la Constitution et d'autre part aux engagements internationaux de la France, se prononcer en premier sur la transmission de la question de la constitutionnalité au Conseil d'État ou à la Cour de cassation.*) Dies gilt auch für die Weiterleitung durch die beiden Höchstgerichte, vgl. Art. 23-5 Abs. 2 des Verfassungsgesetzes über den *Conseil const.* (in der Fassung des Verfassungsgesetzes Nr. 2009-1523 v. 10.11.2009): Wenn der *Conseil d'État* oder die *Cour de cassation* über einen Antrag zu entscheiden haben, in dem sowohl die Vereinbarkeit der gesetzlichen Bestimmung mit verfassungsrechtlich garantierten Rechten und Freiheiten als auch

lage an den EuGH wegen Zweifeln an der Gemeinschaftsrechtskonformität zunächst den *Conseil constitutionnel* bezüglich der Verfassungsmäßigkeit der Norm anzurufen (*question prioritaire*).<sup>36</sup> Zur Begründung dieses Vorrangs verweist der Bericht der Gesetzeskommission darauf, dass die Verfassungswidrigkeit des Gesetzes zur Nichtigkeit des Gesetzes und damit zu einer für alle gültigen Verwerfung (Wirkung *erga omnes*) führe, während sich die Prüfung der Gemeinschaftsrechtskonformität durch den Fachrichter auf die Wirkung *inter partes* beschränke.<sup>37</sup> Übersehen hat man allerdings, dass die auch in Frankreich üblichen Auslegungsvorbehalte des *Conseil constitutionnel* (*réserves d'interprétation*), nach denen eine Norm bei einer bestimmten Auslegung „noch verfassungskonform“ ist, für den Rechtsanwender zu neuen Konflikten führen können. Hinzu kommt, dass die Gerichte die Verfassungsmäßigkeit einer Norm nicht von Amts wegen prüfen sollen können, so dass der Vorrang der Verfassung zukünftig in den Händen der Parteien liegen wird.<sup>38</sup> Größere Rechtssicherheit und eine endgültige Klärung des umstrittenen Verhältnisses von Gemeinschafts- und nationalem französischen Verfassungsrecht verheißt die Gesetzesinitiative mithin nicht.<sup>39</sup> Fest steht lediglich, dass die nun endlich erfolgte Öffnung der französischen Rechtsordnung für eine gerichtliche Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit auf die Impulse des Gemeinschaftsrechts zurückzuführen ist, das die Rolle des Richters wesentlich verändert hat.

die Vereinbarkeit mit internationalen Verpflichtungen Frankreichs gerügt wird, müssen sie sich in jedem Fall vorrangig über die Weiterleitung der Frage der Verfassungsmäßigkeit an den *Conseil constitutionnel* aussprechen. (*En tout état de cause, le Conseil d'État ou la Cour de cassation doit, lorsqu'il est saisi de moyens contestant la conformité d'une disposition législative d'une part aux droits et libertés garantis par la Constitution et d'autre part aux engagements internationaux de la France, se prononcer en premier sur le renvoi de la question de constitutionnalité au Conseil constitutionnel*). Vgl. Warsmann, Rapport au nom de la commission des lois constitutionnelles sur le projet de loi organique (n° 1975) relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, XII législature, 4 nov. 2009, S. 24 und 26.

36 Zu den Gründen vgl. Warsmann, Rapport au nom de la commission des lois constitutionnelles sur le projet de loi organique (n° 1975) relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, XII législature, 4 nov. 2009, S. 6 f.

37 Vgl. bereits Fillon/Dati, Projet de loi organique relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, XIII législature, 8 avril 2009, S. 5: „Cette priorité d'examen est liée à l'effet *erga omnes* de la déclaration d'inconstitutionnalité qui conduira à l'abrogation de la disposition législative contestée.“

38 Ausführlich dazu sowie weitere Bedenken bei Burgorgue-Larsen, RFDA 2009, 787–798, bes. 796–798.

39 Vgl. auch Cons. const., déc. Nr. 2009-595 DC v. 3.12.2009, der mit Blick auf das Gemeinschaftsrecht einen Auslegungsvorbehalt formuliert, der den bezweckten Vorrang der Verfassungsmäßigkeitsprüfung beschränkt: „Unter der Erwägung, (...) dass der Vorrang [sc. der Frage der Verfassungsmäßigkeit] nicht die Befugnis des angerufenen Gerichts beschränkt, (...) die Beachtung und die Höherrangigkeit der ratifizierten oder angenommenen völkerrechtlichen Verträge und Vereinbarungen und der Normen der Europäischen Union gegenüber den Gesetzen zu überwachen“ („*Considérant (...), que cette priorité [sc. de la question de constitutionnalité] ne restreint pas la compétence de cette dernière [sc. la juridiction saisie] (...), de veiller au respect et à la supériorité sur les lois des traités ou accords légalement ratifiés ou approuvés et des normes de l'Union européenne.*“)

### III. Die Veränderung der richterlichen Funktion als Methodenproblem

Diese Veränderungen der richterlichen Funktion und des richterlichen Selbstverständnisses, vor allem im Verhältnis zum Gesetzgeber, stehen im Mittelpunkt der französischen Diskussion der europäischen Methodenlehre. Schon die 1983 erschienene Dissertation *Amin Baravs*<sup>40</sup> vertritt den Standpunkt, die Anwendung des Gemeinschaftsrechts mit seinen vielfältigen Kontrollbefugnissen gegenüber dem Gesetzgeber habe den Richter, obwohl er staatliches Organ bleibt, gleichsam aus seinen nationalen Bindungen enthoben und seine Kompetenzen gestärkt. *Olivier Dubos* hat diese Sichtweise vor allem für das öffentliche Recht präzisiert<sup>41</sup> und zuletzt hat *Aline Humbert* allgemein dargestellt, wie sich die richterliche Funktion unter dem Eindruck des supranationalen Rechts verändert.<sup>42</sup> Die genannten Monographien gehen davon aus, dass der Richter mit der Anwendung des Gemeinschaftsrechts eine über die staatliche Rechtsprechung hinausgehende Kompetenz ausübt und dadurch neue Befugnisse im Verhältnis zu anderen Gewalten aber auch im Prozessgeschehen erhält.

#### 1. Das traditionelle Verständnis der jurisdiktionellen Funktion

Hintergrund dieser Bewertung ist die Tatsache, dass die Gerichte in der französischen Tradition der Gewaltenteilung (*séparation des pouvoirs*) keine gleichberechtigte dritte Gewalt darstellen, sondern nur als Vollstrecker des gesetzlichen Willens angesehen werden, als Mund des Gesetzes (*bouche de la loi*).<sup>43</sup> Diese Beschränkung richterlicher Gewalt ist nicht nur Ausdruck der vorrevolutionären Angst vor einem *gouvernement des juges*<sup>44</sup>, die etwa Eingang in die Gestaltung des Art. 5 C.civ. gefunden hat.<sup>45</sup> Vielmehr findet die enge Definition der richterlichen Gewalt ihren Niederschlag noch in der Verfassung der Fünften Republik von 1958. Bis zur Einführung der konkreten Normenkontrolle (Art. 61-1 Const.) durch die Reform vom 23. Juni 2008 kannten die Fachgerichte keine Kontrolle des Gesetzes auf Verfassungskonformität, d.h. einen Rückgriff auf die Verfassungsnorm im Angesicht des Gesetzgebers (Theorie vom Gesetzesschirm, vgl. Rn. 13).<sup>46</sup> Auch das Verfassungsgericht (*Conseil constitutionnel*)

40 Barav, La fonction communautaire du juge national (1983).

41 Dubos, Les juridictions nationales, juge communautaire (2001).

42 Humbert, La mutation de l'office du juge français (2005).

43 Bach, in: Rép. droit civil, s.v. lois et décrets (2004) n° 324. Aus der Lehrbuchliteratur vgl. z.B. Cornu, Droit civil. Introduction, Les personnes, les biens (12. Aufl. 2005), Rn. 172 und Hamon/Troper, Droit constitutionnel (30. Aufl. 2007), S. 154–156.

44 Zum Begriff vgl. Troper, La théorie du droit, le droit, l'état (2001), S. 234–247, ferner De Béchillon, Le gouvernement du juge: une question à dissoudre (2002), S. 973–978.

45 Art. 5 C.civ.: Es ist den Gerichten verboten, durch allgemeine Bestimmung oder Verordnung über die Sachen zu entscheiden, die ihnen vorgelegt sind. (*Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises.*)

46 Das Verfassungsgesetz Nr. 74-904 v. 29.10.1974 fügte in Art. 61 Abs. 2 ein: Zu demselben Zweck [sc. zur Prüfung der Vereinbarkeit mit der Verfassung] können Gesetze vor der Verkündung vom Präsidenten der Republik, vom Premierminister, vom Präsidenten der Nationalversammlung, vom Präsidenten des Senats oder von sechzig Abgeordneten oder sechzig Senatoren dem *Conseil constitutionnel* zugeleitet werden. Aus diesem Grund hemmt die

konnte einmal erlassene und verkündete Gesetze nicht aufheben und war auf die Vorabkontrolle vor Verkündung eines Gesetzes beschränkt. Trotz mehrerer Initiativen zur Verfassungsänderung<sup>47</sup> hielt der französische Verfassungsgeber bis in die jüngste Zeit an der überkommenen Auffassung fest, nach der der Richter den Einzelfall entscheidet, nicht aber Recht über den Gesetzgeber sprechen kann und daher auch nicht die „Richtigkeit“ von Gesetzen kontrolliert (vgl. oben Rn. 13).

## 2. Der nationale Richter als Anwender des Gemeinschaftsrechts

- 16 Diese für das nationale Recht erst allmählich weichenden Begrenzungen der richterlichen Gewalt sind allerdings bei Anwendung des Gemeinschaftsrechts seit langem ausgehebelt. Hier saßen die Fachgerichte längst – die *Cour de cassation* seit 1975, der *Conseil d'État* jedenfalls seit 1989 – über den Gesetzgeber zu Gericht, indem sie die Vertragskonformität bzw. allgemein die Gemeinschaftsrechtskonformität des französischen Gesetzes kontrollierten und sich in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des EuGH auch befugt sahen, ein gemeinschaftsrechtswidriges Gesetz nicht anzuwenden (vgl. oben Rn. 9). Obwohl die französische Rechtsprechung die unmittelbare Geltung des Gemeinschaftsrechts verfassungsrechtlich begründet (vgl. Rn. 7)<sup>48</sup>, führt die Anwendung des supranationalen Rechts den Richter somit aus seinen nationalen Bindungen heraus.

### a) Unmittelbarkeitsgrundsatz (*immédiateté*) und Auslegungshoheit des EuGH

- 17 Voraussetzung des gemeinschaftsrechtlichen Zugriffs auf die nationalen Gerichte ist die unmittelbare Geltung (*immédiateté*) des Gemeinschaftsrechts, die auch die französische Doktrin von der unmittelbaren Anwendung (*applicabilité, effet direct*) des Gemeinschaftsrechts unterscheidet. Letztere gilt als Ausdruck einer maximalen gemeinschaftsrechtlichen Kompetenz des nationalen Richters (*compétence communautaire maximum*)<sup>49</sup>, die sich vor allem im Verhältnis zu Privaten manifestiert. Aber auch die unmittelbare Geltung wird als Kompetenzzuwachs aufgefasst, weil der Richter nicht mehr allein dem nationalen Gesetzgeber gehorcht.<sup>50</sup> Die hieraus folgende gestufte Wirkungskraft der gemeinschaftsrechtlichen Normen beschreibt die französische Doktrin, indem sie die Auslegungswirkung (*effet d'interprétation*), die Verdrängungswirkung (*effet d'éviction*) und die Entschädigungswirkung (*effet de réparation*) unterscheidet.<sup>51</sup> Unter der Auslegungswirkung, die den geringsten Eingriff in die nationale

Anrufung des *Conseil constitutionnel* die Verkündigungsfrist, vgl. Art. 61 Abs. 4 Const. und Art. 62 Abs. 1 Const. bestimmt: Eine für verfassungswidrig erklärte Bestimmung darf weder verkündet noch in Kraft gesetzt werden.

47 Vgl. nur *Hamon/Troper*, *Droit constitutionnel* (30. Aufl. 2007), S. 861 f.

48 Zu unterschiedlichen Akzenten bei der Auslegung von Art. 88-1 Const. vgl. noch *Charpy*, *RFDC* 79 (2009), 621, 626 mwN.

49 *Dubos*, *Les juridictions nationales, juge communautaire* (2001), Rn. 172.

50 Als Beteiligung des Richters an der Normsetzung deutet dies z.B. *Nabli*, *L'exercice des fonctions d'État membre de la Communauté européenne* (2007), Rn. 455–463.

51 Ausführlich *Dubos*, *Les juridictions nationales, juge communautaire* (2001), Rn. 127–171.

Rechtsordnung darstellt und auch Vorschriften ohne unmittelbare Geltung zukommt, versteht die französische Doktrin die vom EuGH formulierte Verpflichtung der nationalen Gerichte<sup>52</sup>, das gesamte nationale Recht im Lichte des Gemeinschaftsrechts auszulegen (vgl. unten Rn. 23). Sie gilt auch für gemeinschaftsrechtliche Vorschriften ohne unmittelbare Geltung. Voraussetzung der Verdrängungswirkung, d.h. der Verpflichtung des Richters, das dem Gemeinschaftsrecht entgegenstehende nationale Recht unangewendet zu lassen, ist dagegen die unmittelbare Geltung der gemeinschaftsrechtlichen Vorschrift. Aus diesem Grund kann auch Richtlinien Verdrängungswirkung zukommen, sofern sich hieraus nicht ein rechtsfreier Raum (*vide juridique*) ergibt.<sup>53</sup> Entschädigungswirkung haben letztlich alle unmittelbar anwendbaren Vorschriften, kann aber nach der Rechtsprechung des EuGH gegenüber staatlichen Stellen ausnahmsweise auch von (nicht umgesetzten) Richtlinien ausgelöst werden.<sup>54</sup> Aufgrund ihrer weitreichenden Folgen gelten vor allem die Verdrängungs- und Reparationswirkung in Frankreich als Beleg für ein gewandeltes richterliches Selbstverständnis gegenüber dem Gesetz. Nimmt man die Staatshaftung für die fehlende Umsetzung von Richtlinien hinzu<sup>55</sup>, erscheint die traditionelle Unterordnung der Judikative unter die Legislative durch das Gemeinschaftsrecht in ihr Gegenteil verkehrt.

Anstelle der Abhängigkeit der Gerichte vom nationalen Gesetzgeber ist in dieser Perspektive die Unterordnung unter den EuGH getreten, indem letzterer die Auslegungshoheit und das Verwerfungsmonopol für das Gemeinschaftsrecht innehat.<sup>56</sup> Auch diese Unterordnung unter ein nicht-staatliches Gericht wird aber auf nationaler Ebene als Kompetenzzuwachs der Gerichte gedeutet, da die gemeinschaftsrechtlichen Verpflichtungen gerade neue Rechte im Innern begründen (vgl. Rn. 14). Schon das Primärrecht (Art. 267 AEUV/234 EG) hat die Position der dritten Gewalt im Verhältnis zur Exekutive gestärkt. Noch bis 1990 bzw. 1995 sahen sich nämlich die französischen Fachgerichte außerstande, völkerrechtliche Verträge selbst auszulegen.<sup>57</sup> Vielmehr waren die Gerichte gezwungen, durch Vorlage an das zuständige Ministerium die Auslegung der für den Vertragsschluss verantwortlichen Exekutive abzuwarten.

52 EuGH v. 20.5.1976 – Rs. 111/75 *Mazzalai*, Slg. 1976, 657.

53 Zu den Einzelheiten der Position des *Conseil d'état*, vgl. *Humbert*, *La mutation de l'office du juge français* (2005), Rn. 961–973.

54 Auch hierzu *Dubos*, *Les juridictions nationales, juge communautaire* (2001), Rn. 172–217.

55 Vgl. zuletzt allgemein *Nabli*, *L'exercice des fonctions d'État membre de la Communauté européenne* (2007), Rn. 464–475. Die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts auch beim Verstoß gegen privatrechtliche Richtlinien betont diesbezüglich *Cass. com.* v. 8.7.2008, *Bull. civ.* Nr. 151.

56 Vgl. noch einmal *Dubos*, *Les juridictions nationales, juge communautaire* (2001), Rn. 216 f.

57 C.E. v. 29.6.1990, *G.I.S.T.I.*, Rec. S. 171. Eine Übersicht zur früheren Rechtsprechung bei *Humbert*, *La mutation de l'office du juge français* (2005), Rn. 258 mit Fn. 13. Die *Cour de cassation* hatte bereits zuvor eine grosse Anzahl von Ausnahmen zugelassen, so dass der Abschied von der authentische Auslegung, der erst mit *Cass. civ.* v. 19.12.1995, *Banque africaine de développement c/ Bank of Credit international et autres*, *Bull. civ.* Nr. 327, eindeutig vollzogen wurde, leicht fiel und erwartet worden war. Auch dazu *Humbert*, a.a.O., Rn. 273 mit Fn. 29.



Die Einsetzung des EuGH löst die nationalen Gerichte von dieser Verpflichtung gegenüber der nationalen Verwaltung, indem sie sie stattdessen einer supranationalen Jurisdiktion unterstellt. Gleichzeitig erklärt das lange Überleben der authentischen Interpretation (*interprétation authentique*<sup>58</sup>) die Leichtigkeit, mit der man in Frankreich das Rechtsprechungsmonopol des EuGH akzeptiert: Der EuGH ist die von den Vertragsstaaten eingesetzte Instanz, die anstelle der Vertragsparteien die Auslegung des Vertrages vornimmt. Seine Befugnis entspricht damit dem Satz *eius est legem interpretari cuius est condere*.<sup>59</sup> Die Übernahme der vom EuGH vorgegebenen zweckgeleiteten Auslegung des Gemeinschaftsrechts (*interprétation téléologique*) durch die französischen Gerichte wird damit als Konsequenz der Kompetenzverteilung aufgefasst<sup>60</sup>, nicht aber als ein methodologisches Problem der Gesetzesanwendung.

b) Anwendungsvorrang (*primauté*) des Gemeinschaftsrechts

- 19 Wenig Schwierigkeiten bereitet den französischen Gerichten auch der Vorrang des Gemeinschaftsrechts (*primauté du droit communautaire*). Er entspricht normenhierarchisch dem verfassungsrechtlich vorgeschriebenen Vorrang des Völkerrechts vor dem Gesetz (vgl. Art. 55 Const., dazu Rn. 7), methodologisch der von *Cour de cassation* und *Conseil d'État* auch in anderen Zusammenhängen häufig betriebenen prinzipiengeleiteten Rechtsfindung.<sup>61</sup> Von daher kann es nicht überraschen, dass sich Entscheidungen der Fachgerichte finden, die ausdrücklich auf das Prinzip des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts (*principe de la primauté du droit communautaire*) zurückgreifen und damit gerade auch den Vorrang des Sekundärrechts vor dem französischen Gesetz rechtfertigen.<sup>62</sup>

aa) Gewaltenteilung im Gerichtswesen und Gemeinschaftsrecht

- 20 Der Vorrang des Gemeinschaftsrechts bringt auch eine Kompetenzsteigerung der Gerichte gegenüber der Verwaltung mit sich. Unter Anpassungsdruck geraten ist insbesondere das strenge Verständnis der Gewaltenteilung zwischen den ordentlichen Gerichten und den Verwaltungsgerichten. Es besagt, dass die Zivilgerichte sich nicht in die Angelegenheiten der Verwaltung einzumischen haben.<sup>63</sup> Dieses Privileg der Ver-

waltung wird streng durchgeführt und die Einhaltung der Kompetenzen wird vom *Tribunal des Conflicts* überwacht.<sup>64</sup> Hinsichtlich der Gemeinschaftsrechtskonformität des Verwaltungshandelns gilt dieser Vorbehalt dagegen nicht. Vielmehr erkennt sich der Zivilrichter, der ja auch über die Gemeinschaftsrechtskonformität des Gesetzes wacht, die Kompetenz zu, die Vereinbarkeit von Verwaltungsakten und Rechtsverordnungen mit dem Gesetz zu überprüfen. Einen aktuellen Beispielsfall bildet das Urteil der *Chambre sociale* im Fall *RATP contre Somazzi*.<sup>65</sup> Nach dem Statut der Pariser Metrogesellschaft (*RATP*) kann Frauen bei der Festanstellung (*agent permanent*) die Altersgrenze von fünfunddreißig Jahren nicht entgegengehalten werden, wenn sie Kinder erziehen. Der Kläger, ein Familienvater, verlangte die Anwendung des Privilegs auch auf Männer und seine Einstellung trotz Überschreitens der Altersgrenze. Der Appellationshof gab dem Kläger unter Berufung auf den Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 141 EGV (jetzt Art. 157 AEUV) recht. Hiergegen wandte sich die Kassationsbeschwerde der *RATP* unter anderem mit dem Argument, das Gericht habe das Verfahren aussetzen und die Frage der Rechtmäßigkeit des Statuts den Verwaltungsgerichten vorlegen müssen.<sup>66</sup> Die *Cour de cassation* wies die Beschwerde unter Hinweis auf den Vorrang des Gemeinschaftsrechts zurück, erkannte dem Zivilrichter mithin die Kompetenz zu, über die Europarechtskonformität von Verwaltungshandeln zu befinden.<sup>67</sup> Die Nichtanwendung der Norm aufgrund ihrer Gemein-

einer Weise beeinträchtigen oder einen Verwaltungsbeamten wegen der Führung seiner Dienstgeschäfte vorladen. (*Loi du 16-24 août 1790*, Übersetzung nach *Sonnenberger/Autexier*, Einführung in das französische Recht (3. Aufl. 2000), S. 61) und Dekret v. 11. Fructidor des Jahres III (1794): Nachdrücklich und wiederholt wird den Gerichten – unter Androhung der gesetzlichen Strafe – untersagt, in irgendeiner Weise über Maßnahmen der Verwaltung zu befinden (*Décret du 11 fructidor de l'an III*, Übersetzung nach *Sonnenberger/Autexier*, a.a.O.). Dieses Prinzip ist seit 1872 von den Gesetzen der Republik anerkannt, vgl. *Hamon/Troper*, *Droit constitutionnel* (30. Aufl. 2007), S. 863 f.

64 Vgl. nur *Sonnenberger/Autexier*, Einführung in das französische Recht (3. Aufl. 2000), S. 52 f. mit Fn. 26.

65 Cass. soc. v. 18.12.2007, Bull. civ. Nr. 215, dazu nur *M. Schmitt*, RDT 2008, 393 f. Zu früheren Modifikationen des Prinzips vgl. Nachweise bei *Jacoto*, JCP 2007, II 10023, 40. Zur Anwendung der Betriebsübergangsrichtlinie 98/50/EG vom 29.6.1998 auf öffentliche Arbeitgeber vgl. Cass. soc. v. 12.6.2007, *Chambre de commerce et d'industrie du Var*, Bull. civ. Nr. 96.

66 Der Vorwurf lautete: „(...) der Appellationshof hat das Prinzip der Gewaltenteilung und Art. 13 des Titels 2 des Gesetzes vom 16-24. August 1790 und das Dekret vom 12. Fructidor des Jahres III verletzt. (...) la cour d'appel a violé le principe de la séparation des pouvoirs et l'article 13 du titre 2 de la loi des 16-24 août 1790, et le décret du 12 fructidor an III.“

67 „In Erwägung, dass der Appellationshof unter Berufung auf den Vorrang des Gemeinschaftsrechts und ohne die Rechtmäßigkeit des Statuts zu überprüfen, zu recht entschieden hat, dass der Text nicht der Anwendung des Prinzips der Gleichbehandlung von männlichen und weiblichen Arbeitnehmern entgegenstehen könne (...), wie es sich aus Art. 141 Abs. 4 EGV und Art. 3 Abs. 1, 2 und 4 der Richtlinie 76/207/EG ergibt“. („Attendu (...) qu'en se référant à la primauté du droit communautaire, sans apprécier la légalité (...) du statut, la cour d'appel a justement décidé que ce texte ne pouvait faire obstacle à l'application du principe d'égalité de traitement entre les travailleurs masculins et féminins (...) résultant des articles 141, paragraphe 4, du Traité CE et 3, paragraphe 1, et 2, paragraphe 4, de la Directive n° 76/207/CEE.“)

58 Vgl. nur *Bach*, in: *Rép. droit civil*, s.v. lois et décrets (2004) Nr. 267 f. und Nr. 324 mwN.

59 So die Grundlage der früheren Rechtsprechung, vgl. C.E. v. 23.7.1823, *Veuve Murat*, *Comtesse de Lipoma*, Rec. S. 545 und C.E. v. 3.9.1823, *Rougement*, Rec. S. 575.

60 Nur knappe Bemerkungen zur teleologischen Auslegung finden sich daher bei *Frison-Roche*, in: *Juris-classeur de droit civil droit civil* (1996), Art. 4 C.civ. Rn. 76 und bei *Terré*, *Introduction générale au droit* (7. Aufl. 2006), Rn. 554. Ein aktuelles Beispiel ist Cass. 2<sup>e</sup> civ. v. 10.7.2008, Bull. civ. Nr. 129.

61 Zur Rolle der *principes généraux du droit* vgl. *Ghestin/Goubeaux/Fabre-Magnan*, *Droit civil*. Introduction générale (4. Aufl. 1994), Rn. 492 mit umfangreichen Nachweisen.

62 Vgl. z.B. *Simon*, *Rép. droit communautaire*, s.v. directive (1998), Nr. 58; Zur Grundlage der *primauté*, ebenso (für das Privatrecht) *Malaurie/Morvan*, *Introduction générale* (2003), S. 210 f.

63 Vgl. Gesetz v. 16.-24.8.1790: Die richterlichen Aufgaben unterscheiden sich klar von denen der Verwaltung und werden auch immer unabhängig von ihnen fortbestehen. Die Richter mißbrauchen ihre Amtsgewalt, wenn sie die Tätigkeit der Verwaltungsbehörden in irgend-

schaftsrechtswidrigkeit belasse die Rechtmäßigkeitskontrolle des Verwaltungshandelns beim *Conseil d'Etat*, der Zivilrichter sei aber gegenüber der Verwaltung wie gegenüber dem Gesetzgeber zur Kontrolle der Gemeinschaftsrechtskonformität berufen.

bb) *Die Parteiautonomie und die Berücksichtigung des Gemeinschaftsrechts von Amts wegen*

- 21 Der Vorrang des Gemeinschaftsrechts gestaltet auch das Prozessgeschehen im Sinne einer gesteigerten richterlichen Macht. Hinsichtlich der Arbeitsteilung zwischen Parteien und Gericht kodifiziert Art. 12 NCPC das Rechtssprichwort *da mihi factum, dabo tibi ius* kodifiziert, d.h. es obliegt den Parteien, die Tatsachen vorzutragen, dem Richter dagegen deren rechtliche Qualifizierung.<sup>68</sup> Die Nichtanwendung des nationalen Gesetzes als wichtigste Folge des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts lässt sich mit diesen Vorgaben durchaus vereinbaren. Da der Richter berufen ist, den Rechtsstreit nach den rechtlichen Vorschriften zu entscheiden, die auf ihn anwendbar sind (*qui lui sont applicables*)<sup>69</sup>, muss er nicht nur die Subsumtionsfähigkeit des zu prüfenden Sachverhaltes prüfen, sondern auch die Frage, ob die nationale Norm überhaupt Anwendung finden kann.<sup>70</sup>
- 22 Im Detail ergeben sich aber Friktionen zwischen Gemeinschaftsrecht und französischem Prozessrecht. So führt die *Cour de cassation* die Arbeitsteilung zwischen Richter und Parteien streng durch, indem sie die Gerichte von der Verpflichtung freispricht, eine untaugliche Anspruchsgrundlage des Klägers durch eine taugliche rechtliche Begründung zu ersetzen.<sup>71</sup> Der Richter kann sich vielmehr auf die Parteiherrschaft berufen und die Klage abweisen. Im Gegensatz dazu hält der EuGH die Gerichte für verpflichtet, das Gemeinschaftsrecht von Amts wegen anzuwenden, so dass auch die französischen Gerichte zur Einbringung des Gemeinschaftsrechts gezwungen sind<sup>72</sup>, selbst dann, wenn die Parteien nicht an dessen Anwendung gedacht haben. Noch deutlicher wird der Widerspruch, wenn man Art. 12 Abs. 3 NCPC hinzunimmt.<sup>73</sup> Durch die Vorschrift haben die Parteien die Möglichkeit, den Richter an der

68 Vgl. nur *Guinchard/Ferrand*, Procédure civile (28. Aufl. 2006), Rn. 680 f. mwN.

69 Art. 12 NCPC: Der Richter hat den Rechtsstreit entsprechend der rechtlichen Vorschriften zu entscheiden, die auf ihn anwendbar sind. (*Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables.*)

70 Ausführlich dazu Bull. d'information v. 15.4.2008, S. 18–32.

71 Cass. Ass. v. 21.12.2007, Bull. d'information v. 15.4.2008, S. 18–32.

72 Vgl. EuGH v. 14.12.1995 – verb. Rs. C-430/93 und C-431/93 *van Schijndel und van Veen*, Slg. 1995, I-4705; zuletzt EuGH v. 6.10.2009 – Rs. C-40/08 *Asturcom Telecomunicaciones SL* (noch nicht in Slg.). Einzelheiten bei *Delicostopoulos*, Le procès civil à l'épreuve du droit processuel européen (2003), Rn. 305–306.

73 Art. 12 Abs. 3: „In jedem Fall kann der Richter nicht die rechtliche Bezeichnung oder Grundlage verändern, wenn die Parteien durch ausdrückliche Vereinbarung und hinsichtlich der Rechte, über die sie frei disponieren können, ihn gebunden haben durch ihre Bewertung und die rechtlichen Gesichtspunkte, auf die sie die Verhandlung beschränken wollen. (*Toutefois, il ne peut changer la dénomination ou le fondement juridique lorsque les parties, en vertu*

Einführung neuer rechtlicher Gesichtspunkte zu hindern, indem sie den Rechtsstreit durch ausdrückliche vorherige Vereinbarung (*accord préalable*) auf die von ihnen gewünschte Rechtsfrage beschränken.<sup>74</sup> Die Anwendung des Gemeinschaftsrechts steht dagegen nicht zur Disposition der Parteien, was in Frankreich erneut als Kompetenzsteigerung des den Rechtsstreit entscheidenden Richters gedeutet wird.<sup>75</sup>

### 3. Die (notwendige) Koordination von Rechtsquellen nationalen und gemeinschaftsrechtlichen Ursprungs

Die gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung erscheint in der französischen Dogmatik als Kernstück der den nationalen Gerichten obliegenden Koordination gemeinschaftsrechtlicher und nationaler Normen. Sie wird entsprechend dem Koordinationsgedanken als notwendige Folge des Systemzusammenhangs verstanden.<sup>76</sup> Problematisiert wird in diesem Zusammenhang allenfalls die „Zerrissenheit des Richters zwischen einer doppelten Loyalitätsverpflichtung“ (*déchirure par un double devoir de loyauté*)<sup>77</sup>, die sich daraus ergeben soll, dass einerseits der Wille des nationalen Gesetzgebers, andererseits die Vorgaben des supranationalen Rechts zu beachten sind und in Einklang gebracht werden müssen. Zentrales Augenmerk liegt in Frankreich mithin auf dem (möglichen) Normenkonflikt zwischen französischem Gesetzesrecht und Gemeinschaftsrecht<sup>78</sup>, der durch die Auslegung überwunden wird. Dabei wird die Originalität des Konfliktes durchaus erkannt: Zum einen führt der Vorrang des Gemeinschaftsrechts nicht zur Aufhebung der nationalen Norm, sondern nur zum Anwendungsverbot; zum andern sind auch die Normen bei der Auslegung heranzuziehen, die nur programmatische oder indirekte Wirkung haben und gerade keine eigenständige Grundlage für die Begründung von Rechten und Pflichten Privater bilden.<sup>79</sup> Diese Auslegungswirkung (*effet d'interprétation*, vgl. oben Rn. 17) des Gemeinschaftsrechts beschränkt sich mithin auf eine objektive Normwirkung, d.h. auf eine Anwendung der nationalen Norm im Lichte des Gemeinschaftsrechts (*à la lumière du droit communautaire*).

*d'un accord exprès et pour les droits dont elles ont la libre disposition, l'ont lié par les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat.*) Zu dieser Vorschrift vgl. jetzt Cass. Ass. v. 21.12.2007, Bull. d'information v. 15.4.2008, S. 18–32.

74 Zu diesem *accord préalable* vgl. *Hartenstein*, Die Privatautonomie im internationalen Privatrecht als Störung des europäischen Entscheidungseinklangs (2000), S. 30–33.

75 *Delicostopoulos*, Le procès civil à l'épreuve du droit processuel européen (2003), Rn. 356.

76 *Dubos*, Les juridictions nationales, juge communautaire (2001), Rn. 107 mwN. Einzelheiten zur Koordinierung von Rechtsnormen bei *Bergel*, RRJ 1991, 999–1008.

77 Vgl. *Nabli*, L'exercice des fonctions d'État membre de la Communauté européenne (2007), Rn. 438.

78 Ausführlich *Dubos*, Les juridictions nationales, juge communautaire (2001), Rn. 112–118.

79 Einzelheiten mit Beispielen aus der Rechtsprechung des EuGH bei *Dubos*, Les juridictions nationales, juge communautaire (2001), Rn. 108–110.

## a) Die primärrechtskonforme Auslegung

- 24 Die Zulässigkeit der primärrechtskonformen Auslegung, über deren methodische Implikationen man wenig diskutiert<sup>80</sup>, folgt bereits aus Art. 55 Const.<sup>81</sup>: Da die Verträge durch Ratifikation Teil der nationalen Rechtsordnung geworden sind, gehören sie zu den Normen, die der Richter bei seiner Rechtsanwendung zu berücksichtigen hat (vgl. oben Rn. 9). Die Anpassung des Gesetzes an das Primärrecht im Wege der Auslegung vermeidet die Nichtanwendung und ist damit als geringerer Eingriff in den gesetzgeberischen Willen regelmäßig vorzuziehen (*actus interpretandus est potius ut valeat quam ut pereat*).<sup>82</sup> Dass die Grenzen zwischen Nichtanwendung des nationalen Rechts und der primärrechtskonformen Auslegung dabei durchaus fließend sein können, zeigte 2007 die Pferdewetten-Entscheidung der *Cour de cassation*<sup>83</sup>: Aufgrund eines Gesetzes von 1891 ist der *Pari Mutuel Urbain* (PMU) Monopolist für Pferdewetten<sup>84</sup>, die ansonsten unter Strafandrohung verboten sind. Entgegen diesem Monopol bot eine auf Malta zugelassene Gesellschaft namens *Zeturf* im Internet Wetten für französische Pferderennen an. Die *PMU* verlangte die Einstellung des online-Wettbüros und erhielt diesbezüglich im Eilverfahren vor dem *Tribunal de grande instance* Recht.<sup>85</sup> Die *Cour de cassation* hob diese Eilentscheidung unter Berufung auf Art. 809 Abs. 1 NCPC und Art. 49 EG (jetzt Art. 56 AEUV) auf.<sup>86</sup> Wie der EuGH festgestellt habe<sup>87</sup>, seien Einschränkungen der Dienstleistungsfreiheit, unter die auch das Monopol für die *PMU* falle, nur dann gerechtfertigt, wenn sie wirklich dem Ziel dienen, die Gelegenheit zum Spiel zu verhindern, und wenn die Erzielung von Einkünften nur eine Nebenfolge, nicht aber der eigentliche Grund der restriktiven Politik sei. Insofern habe auch das Appellationsgericht<sup>88</sup> näher prüfen müssen, ob die genannten Rechtsvorschriften wirklich zielführend angewandt würden, so dass sie die angestrebten Zwecke auch erreichten oder ob nicht die nationalen Behörden tatsäch-

lich eine Politik der Ausbreitung des Wettspiels betrieben, um Einnahmen zu erzielen.<sup>89</sup> Wie die zitierten Vorschriften und die Begründung der *Cour de cassation* zeigen, rechtfertigt das höchste Zivilgericht die Aufhebung der einstweiligen Anordnung über eine primärrechtskonforme Auslegung der Vorschrift zum einstweiligen Rechtsschutz (Art. 809 Abs. 1 NCPC).<sup>90</sup> Der im EG-Vertrag garantierte Schutz der Dienstleistungsfreiheit verlangt, das Zuwiderhandeln gegen ein Monopol im Rahmen des Art. 809 Abs. 1 NCPC nur dann als offensichtlich widerrechtliche Störung (*trouble manifestement illicite*) anzusehen, wenn keine Zweifel an der Primärrechtskonformität des Monopolvertrages bestehen.<sup>91</sup> Anstelle der im einstweiligen Rechtsschutz zu zeitraubenden Aussetzung des Verfahrens zur Vorlage an den EuGH sichert die primärrechtskonforme Auslegung des Prozessrechts die Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts gegenüber dem nationalen Monopol.<sup>92</sup> Dies gilt sogar dann, wenn, wie in der *PMU*-Entscheidung, gar nicht feststeht, ob das Gemeinschaftsrecht das streitige Monopol verbietet: Mit Beschluss vom 9. Mai 2008 hat der *Conseil d'État*, der über die Zulassung der *Zeturf* zum französischen Wettmarkt zu entscheiden hat, das Hauptsacheverfahren ausgesetzt und dem EuGH die Frage vorgelegt, ob das französische Monopol tatsächlich gegen Art. 49 EG (jetzt Art. 56 AEUV) verstößt.<sup>93</sup> Unabhängig davon wie der EuGH diese Frage entscheiden wird, belegt das Beispiel, dass die primärrechtskonforme Auslegung nicht nur zur Vermeidung von Normwidersprüchen dient, sondern auch dazu genutzt werden kann, den Status quo in Erwartung der verbindlichen Auslegungsentscheidung durch den EuGH zu sichern.

## b) Die sekundärrechts-, insbesondere richtlinienkonforme Auslegung

Auch die sekundärrechtskonforme Auslegung interpretieren die meisten französischen Kommentatoren als Vermeidung eines Normenkonfliktes zwischen dem in die nationale Rechtsordnung transferierten Sekundärrecht und dem Gesetzesrecht.<sup>94</sup> Seit der

80 Auch die Unterscheidung von primärrechtskonformer und sekundärrechtskonformer Auslegung ist keine übliche Kategorie, wenngleich die Unterschiede reflektiert werden, vgl. *Dubos*, Les juridictions nationales, juge communautaire (2001), Rn. 117.

81 Sehr klar in diesem Sinne Cass. civ. v. 20.12.2007, Sniter c./ RATP, Bull. civ. Nr. 273: „Vu l'article 55 de la Constitution (...)“.

82 *Dubos*, Les juridictions nationales, juge communautaire (2001), Rn. 115; zuletzt *Nabli*, L'exercice des fonctions d'État membre de la Communauté européenne (2007), Rn. 433.

83 Cass. com. v. 10.7.2007, Bull. civ. Nr. 186, dazu aus der Lit. nur *Clergerie*, Rec. Dalloz 2007, 2360–2362.

84 Einzelheiten zum *PMU* bei *Clergerie*, Rec. Dalloz 2007, 2360 mit Fn. 2 und 2361.

85 TGI Paris v. 8.7.2005, *PMU c/Eturf, Zeturf*, CCE 2005, comm. Nr. 172; <http://droit-tic.com>.

86 Dem Entscheidungsstil der *Cour de cassation* entsprechend ist die primärrechtskonforme Auslegung des nationalen Rechts durch Art. 49 EG im sog. Visa ausdrücklich hervorgehoben: „In Anbetracht des Art. 49 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft und Art. 809 Abs. 1 des NCPC (Vu l'article 49 du Traité instituant la Communauté européenne et l'article 809, alinéa 1er, du nouveau code de procédure civile)“.

87 Vgl. zuletzt EuGH v. 8.9.2009 – Rs. C-42/07 *Liga Portuguesa*, (noch nicht in Slg.).

88 Entscheidung des Appellationshofes C.A. Paris Nr. 05/157773 v. 14.1.2006 *Sté Zeturf Ltd, Sa Eturf c/Gie Pari mutuel urbain (PMU)*, AJDA 2006, 482 f.

89 Cass. com. v. 10.7.2007, Bull. civ. Nr. 186.

90 Der Gerichtspräsident kann jederzeit, sogar bei Vorliegen wesentlichen Bestreitens, im vorläufigen Rechtsschutz sichernde Massnahmen oder die Wiederherstellung des Zustands eintritt zu verhindern, oder um eine offensichtlich widerrechtlichen Störung zu unterbinden. (*Le président peut toujours, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite*).

91 Einzelheiten zum einstweiligen Rechtsschutz bei *Guinchard/Ferrand*, Procédure civile (28. Aufl. 2006), Rn. 261. Zur Verhältnismäßigkeitsprüfung (*contrôle de proportionnalité*) in diesem Zusammenhang vgl. *Picod*, JCP 2007, II 10182, 43.

92 Zur provisorischen Auslegung (*interprétation à titre provisoire*) des Gemeinschaftsrechts durch die nationalen Gerichte im Eilverfahren vgl. T.A. Lyon v. 23.5.2003, *Jacques Murzeau*, AJDA 2003, 1786–1789 m. Anm. *Markus*; C.E. v. 18.10.2006, *Mme Djabrailova, épouse Mut-sulkhanova*, AJDA 2006, 2352–2356 m. Anm. *Gautier*.

93 C.E. v. 9.5.2008, Nr. 287503 *Sté Zeturf Ltd.*, im Volltext unter <http://www.conseil-état.fr>.

94 Vgl. *Mehdi*, Le statut contentieux des mesures nationales d'exécution du droit communautaire, Diss. Rennes (1994), S. 116 f.; nuancierend *Dubos*, Les juridictions nationales, juge communautaire (2001), Rn. 115; so zuletzt *Humbert*, La mutation de l'office du juge français (2005), Rn. 707 f.

Anerkennung des Vorrangs des sekundären Gemeinschaftsrechts (vgl. oben Rn. 11), gehört auch diese interpretative Angleichung des nationalen Rechts zum Argumentationsarsenal der *Cour de cassation* wie des *Conseil d'État*, obwohl davon – von der richtlinienkonformen Auslegung abgesehen – in der Rechtsprechungspraxis auffällig wenig Gebrauch gemacht wird.<sup>95</sup> Dieser Befund ist wohl damit zu erklären, dass die Verordnung (*règlement*, Art. 288 Abs. 2 AEUV/249 Abs. 2 EG) als Hauptquelle des Sekundärrechts neben der Richtlinie (*directive*, Art. 288 Abs. 3 AEUV/249 Abs. 3 EG) unmittelbar angewendet werden kann. Im Sinne der Stufenwirkung der gemeinschaftsrechtlichen Norm (vgl. oben Rn. 17) besteht daher keine Notwendigkeit, ihr über nur über den Auslegungseffekt zur Wirksamkeit zu verhelfen.<sup>96</sup> Im Zentrum des Interesses steht vielmehr die richtlinienkonforme Auslegung, da sie als Weg verstanden wird, der noch nicht umgesetzten Richtlinie zu gewissen Wirkungen im Innern der nationalen Rechtsordnung zu verhelfen.<sup>97</sup>

- 26 Entsprechend der Rechtsprechung des EuGH sind nach Art. 288 Abs. 3 AEUV/249 Abs. 3 EG auch die französischen Gerichte verpflichtet, ihr gesamtes nationales Recht richtlinienkonform auszulegen und anzuwenden.<sup>98</sup> Auch in Frankreich wurde angesichts dieser umfassend formulierten Verpflichtung die besondere Rechtsnatur der Richtlinie als Umsetzungsbefehl thematisiert.<sup>99</sup> Gerade der Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung wird aber nicht widersprochen, da der Richtlinie jedenfalls mit Verstreichen der Umsetzungsfrist Auslegungswirkung (*effet d'interprétation*) zukommen soll (vgl. oben Rn. 17). Dies bedeutet, dass sie zwar nicht selbst Grundlage der Verpflichtung eines Privaten ist, aber die Auslegung einer nationalen Norm derart steuern kann, dass diese das richtlinienkonforme Ergebnis erreicht. In der Rechtsprechung der *Cour de cassation* kommt diese Verbindung von Richtlinie und nationalem Recht regelmäßig darin zum Ausdruck, dass die nationale Norm mit dem Zusatz zitiert wird, sie werde im Lichte der Richtlinie ausgelegt (*interprété à la lumière de la*

95 Nur einmal findet sich in der Begründung der Kassationsbeschwerde die Formulierung „im Lichte der Verordnung“ (*à la lumière du règlement*), vgl. Cass. crim. v. 9.9.2003, Bull. crim. Nr. 154. Die *Cour de cassation* selbst scheint diese Argumentation zu vermeiden.

96 Vgl. z.B. Cass. 2e civ. v. 14.6.2007, Bull. civ. Nr. 30 (zu Art. 13 der VO 1408/71/EG); Cass. soc. v. 19.6.2007, Bull. civ. Nr. 109 (zu Art. 19 der VO 44/2001/EG); Cass. com. v. 16.12.2008, Bull. civ. Nr. 215 (zu Art. 23 der VO 44/2001/EG).

97 So ausdrücklich *Dubos*, Les juridictions nationales, juge communautaire (2001), Rn. 118: „Die richtlinienkonforme Auslegung erlaubt es, den nicht umgesetzten Richtlinien eine gewisse Wirkung zu garantieren und zwar insbesondere für diejenigen, die weder Entschädigungswirkung noch unmittelbare Wirkung entfalten können“. („L'interprétation conforme permet d'assurer une certaine efficacité aux directives non-transposées et tout particulièrement à celles qui ne peuvent produire ni un effet de réparation, ni un effet direct.“)

98 EuGH v. 10.4.1984 – Rs. 14/83, von *Colson und Kamann*, Slg. 1984, 1891; EuGH v. 13.11.1990 – Rs. C-106/89 *Marleasing*, Slg. 1990, I-4135; EuGH v. 5.10.2004 – verb. Rs. 397/01 bis C-403/01 *Pfeiffer*, Slg. 2004, I-8835.

99 *Mainguy*, Mélanges Mouly (1998), S. 89–102. Weitere Lit. bei *Humbert*, La mutation de l'office du juge français (2005), Rn. 88–95.

*directive*).<sup>100</sup> Bisweilen findet sich auch die bloße Nebeneinanderstellung von Gesetzestext und Richtlinie<sup>101</sup>, die offenbar die Notwendigkeit, beide Texte zusammen anzuwenden, vor Augen führen soll. Bei dieser letzten Zitierweise tritt der systematische Zusammenhang, den die französische Doktrin als Grundlage der gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung ansieht (vgl. oben Rn. 23), besonders klar hervor: Die Richtlinie ist eine für die Entscheidungsfindung wichtige Rechtsquelle, ohne dass es dafür der unmittelbaren Anwendbarkeit bedarf.

Keine Angaben finden sich in der Rechtsprechung der *Cour de cassation* zu den Grenzen der richtlinienkonformen Auslegung. Nachweisbar ist allein die Zurückweisung einer auf die fehlende Berücksichtigung der Richtlinie rekurrierenden Kassationsbeschwerde (*pourvoi en cassation*) mit dem Hinweis, die Richtlinie belasse dem nationalen Recht einen Gestaltungsspielraum, der in casu ausgeschöpft werde.<sup>102</sup> Die damit umrissene Grenze folgt allerdings schon aus der Richtlinie selbst, bildet mithin kein eigenständiges methodologisches Kriterium der richtlinienkonformen Auslegung. In der Literatur hat vor allem *Dubos* zwei Ansätze entwickelt, die die Grenze der Auslegung des nationalen Rechts beschreiben sollen. Mangels einschlägiger Vorbilder bei der Gesetzesauslegung greift *Dubos* dafür auf das Vertragsrecht zurück: Unzulässig sei die Novation (*novation*) wie die Denaturierung (*dénaturation*) des nationalen Gesetzes durch die Richtlinie.<sup>103</sup> Mit dem Verbot der Novation ist in Analogie zum Vertrag gemeint, dass die Auslegung im Lichte der Richtlinie keine neue, dem nationalen Gesetz nicht entsprechende Verpflichtung schaffen darf. Ebenfalls aus der Auslegung von Verträgen stammt das Verbot der Denaturierung eines bestehenden Normtextes. Auf die richtlinienkonforme Auslegung übertragen, untersagt es, die nationale Norm

100 Beispiele bei *Babusiaux*, Die richtlinienkonforme Auslegung (2007), S. 78–87. Aus der neueren Rechtsprechung vgl. Cass. 1<sup>re</sup> civ. v. 15.5.2007, Bull. civ. Nr. 185; Cass. soc. v. 18.4.2008, Bull. civ. Nr. 98; Cass. 1<sup>re</sup> civ. v. 19.6.2008, Bull. civ. Nr. 178; Cass. soc. v. 16.12.2008, Bull. civ. Nr. 249.

101 Vgl. z.B. Cass. soc. v. 28.3.2006, Bull. civ. Nr. 124: „Vu les articles 1er, 2 et 3 de la directive n° 77/187/CEE du 14 février 1977, modifiée par la directive n° 98/50/CEE du 29 juin 1998, applicable au litige, ensemble l'article L. 122-12, alinéa 2, du Code du travail.“

102 Vgl. Cass. civ. v. 22.1.2009, *Sté 1633*, Bull. civ. Nr. 8: „Dass durch diese Entscheidung, obwohl die Bestimmungen der europäischen Richtlinie, in deren Licht er [sc. der Appellationshof] Art. L.122-5 3° des *Code de la propriété intellectuelle* ausgelegt hat, nur fakultativ waren und den nationalen Gerichten nicht als Auslegungsregel dienen konnten, um die Reichweite einer nationalen Gesetzesbestimmung auf einen Fall auszuweiten, der von dieser nicht vorgesehen war, der Appellationshof, durch Falschanwendung die oben genannte Texte verletzt hat.“ („Qu'en statuant ainsi, quand les dispositions de la Directive européenne à la lumière de laquelle elle [sc. la cour d'appel] interprétait l'article L. 122-5 3° du code de la propriété intellectuelle, (...) n'étaient que facultatives et ne pouvaient servir au juge national de règle d'interprétation pour étendre la portée d'une disposition de la loi nationale à un cas non-prévu par celle-ci, la cour d'appel a, par fausse application, violé les textes susvisés.“) Ähnlich zur Produkthaftungsrichtlinie Cass. 1<sup>re</sup> civ. v. 9.7.1996, Bull. civ. Nr. 304 und Cass. 1<sup>re</sup> civ. v. 15.5.2007, Bull. civ. Nr. 185.

103 *Dubos*, Les juridictions nationales, juge communautaire (2001), Rn. 115, 120. Zu den allgemeinen Grenzen der Auslegung vgl. *Babusiaux*, Die richtlinienkonforme Auslegung (2007), S. 57 f. mwN.

entgegen der erkennbaren, ursprünglichen Intention des Gesetzgebers zu verwenden, wie sie vor allem im Wortlaut zum Ausdruck kommt. Ob *Dubos'* Kriterien in der Rechtsprechung ein Echo gefunden haben, ist nicht zu entscheiden, aber überaus zweifelhaft. Überhaupt findet sich keine Entscheidung, in der die beiden Höchstgerichte die richtlinienkonforme Auslegung aus Gründen des nationalen Rechts verweigert hätten. In einer neueren Entscheidung bekennt sich die *Cour de cassation* vielmehr explizit und ungewöhnlich ausführlich zu den Grundsätzen der richtlinienkonformen Auslegung<sup>104</sup>: „Unter der Erwägung, dass es dem Gericht, das mit einem Rechtsstreit befasst worden ist, der in den Anwendungsbereich einer Richtlinie fällt und der seinen Ursprung in einem Sachverhalt nach dem Verstreichen der Umsetzungsfrist dieser Richtlinie findet, aufgegeben ist, wenn es die Bestimmungen des nationalen Rechts oder einer innerstaatlichen anerkannten Rechtsprechung anwendet, sie so auszulegen, dass sie Anwendung finden können in Übereinstimmung mit den Zielen der Richtlinie“.<sup>105</sup>

- 28 Ein Überblick über die Wirkungen der richtlinienkonformen Auslegung im französischen Recht lässt sich gewinnen, wenn man die in der deutschen Dogmatik übliche Unterscheidung der Vorwirkung, Sperrwirkung und Korrekturwirkung auch auf die französische Rechtsprechung überträgt. Als häufigster Anwendungsfall der richtlinienkonformen Auslegung erscheint dann die Sperrwirkung, d.h. die Verhinderung einer der Richtlinie entgegenstehenden nationalen Auslegungsvariante. Ein auch in jüngerer Zeit aktuell gebliebenes Beispiel ist die Auslegung des Art. L. 122-12 Abs. 2 *Code du travail* (C.trav.) im Lichte der Betriebsübergangsrichtlinie<sup>106</sup>.<sup>107</sup> Die nationale Regelung, die als Umsetzungsgesetz der Richtlinie gilt, tatsächlich aber vor der Richtlinie erlassen wurde, bestimmt in Art. L. 122-12 Abs. 2 C.trav.: „Tritt eine Veränderung der rechtlichen Situation des Arbeitgebers ein, vor allem durch Erbschaft, Kauf, Fusion, Übertragung des Geschäftes oder Einbringung in eine Gesellschaft, bestehen alle im Moment der Veränderung laufenden Arbeitsverträge zwischen dem neuen Ar-

beitgeber und dem Personal des Betriebes fort.“<sup>108</sup> Aufgrund des noch über die Betriebsübergangsrichtlinie hinausgehenden Wortlautes der Vorschrift war die Rechtsprechung immer wieder versucht, den Anwendungsbereich einzuschränken. Diesen Versuchen hat die *Cour de cassation*, die 1990 erstmals das Verhältnis zur Richtlinie untersucht hat, regelmäßig unter Hinweis auf die Richtlinie eine Abfuhr erteilt. So hat sie unter Berufung auf die Richtlinie 77/197/EG das zusätzliche und zunächst von ihr selbst eingeführte Kriterium, nach dem zwischen früherem Arbeitgeber und Betriebsübernehmer eine „rechtliche Verbindung“ (*un lien de droit*) zu verlangen ist<sup>109</sup>, aufgegeben. Weiter hat die *Cour de cassation*, gestützt auf die Betriebsübergangsrichtlinie in der Fassung von 1998 den Betriebsübergang und damit die Anwendung von Art. L. 122-12 Abs. 2 C.trav., auch im Rahmen eines Insolvenzverfahrens für möglich gehalten, sofern dieses zu einem Verkauf der Betriebseinheit und zu einer Übernahme der Beschäftigten durch einen neuen Betriebsleiter geführt habe.<sup>110</sup> Letztlich hat das oberste Zivilgericht die Richtlinie und damit Art. L. 122-12 Abs. 2 C.trav. auch dann zur Anwendung gebracht, wenn der neue Arbeitgeber die öffentliche Hand ist, solange die ursprünglich privatrechtlichen Arbeitsverträge noch nicht in ein öffentlich-rechtliches Anstellungsverhältnis überführt wurden.<sup>111</sup> Gerade die Zulassung des arbeitsrechtlichen Privilegs auch gegenüber öffentlichen Arbeitgebern ist dabei weniger ein Problem der Auslegung des ohnehin weit geratenen Art. L. 122-12 Abs. 2

<sup>104</sup> Cass. com. v. 24.6.2008, Bull. civ. Nr. 128.

<sup>105</sup> „Attendu qu'il incombe au juge saisi d'un litige entrant dans le domaine d'application d'une Directive et trouvant son origine dans des faits postérieurs à l'expiration du délai de transposition de cette dernière, lorsqu'il applique les dispositions du droit national ou une jurisprudence interne établie, de les interpréter d'une manière telle qu'elles puissent recevoir une application conforme aux objectifs de la Directive (arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes C-456/98 *Centrostel*, point 17)“.

<sup>106</sup> Richtlinie 77/187/EWG des Rates v. 14.2.1977 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Betriebsteilen, ABl. 1977 L 61/26, geändert durch Richtlinie 98/50/EG des Rates v. 29.6.1998 zur Änderung der Richtlinie 77/187/EWG zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Betriebsteilen, ABl. 1998 L 201/88. S.a. die Neukodifikation in Richtlinie 2001/23/EG des Rates v. 12.3.2001 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- oder Betriebsteilen, ABl. 2001 L 82/16.

<sup>107</sup> Vgl. dazu bereits *Babusiaux*, Die richtlinienkonforme Auslegung (2007), S. 78–82.

<sup>108</sup> Art. L. 122-12 Abs. 2 C.trav.: *S'il survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise.*

<sup>109</sup> Cass. Ass. v. 16.3.1990, Rec. Dalloz 1990 S. 305 f.: „Unter der Erwägung, dass die Art. 1 und 3 der Richtlinie vom 14.2.1977 des Rates der Europäischen Gemeinschaften und Art. L. 122-12, Abs. 2 C. trav. selbst bei Fehlen einer rechtlichen Verbindung zwischen den nachfolgenden Arbeitgebern auf jeden Übergang einer wirtschaftlichen Einheit Anwendung finden, die ihre Identität behält und deren Tätigkeit fortgeführt oder übernommen wird.“ („Attendu que les art. 1er et 3 de la directive du 14 févr. 1977 du Conseil des communautés européennes et L. 122-12, al. 2 C.trav. s'appliquent même en l'absence d'un lien de droit entre les employeurs successifs, à tout transfert d'une entité économique conservant son identité et dont l'activité est poursuivie ou reprise“).

<sup>110</sup> Cass. soc. v. 28.3.2006, Bull. civ. Nr. 124: „Unter Beachtung der Art. 1, 2, und 3 der Richtlinie 77/187/EG vom 14.2.1977, modifiziert durch die Richtlinie 98/50/EG vom 29.6.1998, die auf den Rechtsstreit anwendbar ist, in Zusammenschau mit Art. L. 122-12 Abs. 2 C.trav. Unter Berücksichtigung, dass die Richtlinie nach ihrem Art. 1 Anwendung findet auf jeden Betriebs- oder Einrichtungsübergang oder eines Teils des Betriebes oder der Einrichtung auf einen anderen Arbeitgeber, die auf einer vertraglichen Übertragung oder einer Fusion beruhen.“ („Vu les articles 1er, 2 et 3 de la directive n° 77/187/CEE du 14 février 1977, modifiée par la directive n° 98/50/CEE du 29 juin 1998, applicable au litige, ensemble l'article L. 122-12, alinéa 2, du Code du travail. (...) Attendu (...) que, selon son article 1er, la directive (...) est applicable à tout transfert d'entreprise, d'établissement ou de partie d'entreprise ou d'établissement à un autre employeur résultant d'une cession conventionnelle ou d'une fusion (...).“).

<sup>111</sup> Cass. soc. v. 23.11.2005, *Comité départemental de la Haute-Garonne de développement économique*, Bull. civ. Nr. 339 und Cass. soc. v. 12.6.2007, *Chambre de Commerce et d'Industrie du Var*, Bull. civ. Nr. 96.



C.trav., als eine Lösung der Kollision zwischen Richtlinie und dem zum Prinzip erhobenen Grundsatz der Trennung von Zivil- und Verwaltungsgerichtsbarkeit (vgl. dazu oben Rn. 20). Da derartige supralegele Prinzipien die Gesetzesauslegung lenken, kann es nicht überraschen, dass die Gegner der weiten Anwendung des Art. L. 122-12 Abs. 2 C.trav. sich gerade auf dieses Prinzip beriefen, indem sie ausführten, die Angestellten einer öffentlichen Einrichtung unterstünden der Verwaltungsgerichtsbarkeit und nicht den ordentlichen Gerichten. Die *Cour de cassation* gab dem Appellationshof indes recht: „Aber unter der Erwägung, dass, auch wenn die Bestimmungen des Art. L. 122-12 Abs. 2 C.trav., wie sie im Lichte der [Betriebsübergangs-]Richtlinie 98/50/EG auszulegen sind, die Aufrechterhaltung der laufenden Arbeitsverträge auch für den Fall auferlegen, dass die übertragene wirtschaftliche Einheit einen verwaltungsrechtlichen Gemeindienst darstellt, dessen Bewirtschaftung bis hierher in privater Form erfolgt ist, und von einer juristischen Person des öffentlichen Rechts übernommen wird, die normalerweise mit ihrem Personal öffentlichrechtliche Bindungen eingeht, sie [diese Bestimmungen] dennoch nicht dazu führen, die Rechtsnatur der fraglichen Arbeitsverträge zu verändern, die vielmehr Verträge des Privatrechts bleiben, solange, wie der neue öffentlichrechtliche Arbeitgeber die Angestellten nicht dem öffentlichen Recht unterstellt hat. Und [unter der Erwägung] dass hieraus folgt, dass die ordentlichen Gerichte allein zuständig sind, um über die Rechtsstreitigkeiten zu entscheiden, die aus der Beendigung der Arbeitsverträge entstehen (...).“<sup>112</sup> Mit dieser Begründung sperrt die Richtlinie eine ansonsten im Sinne der Gewaltenteilung sogar gebotene nationale Auslegungsalternative. Dadurch dass Art. L. 122-12 Abs. 2 C.trav. nach der Auslegung der *Cour de cassation* mit der Richtlinie und damit mit dem Gemeinschaftsrecht übereinstimmt, hat nämlich die arbeitsrechtliche Vorschrift Teil am Vorrang des Gemeinschaftsrechts und setzt sich daher gegenüber dem von den Gesetzen der Republik anerkannten Prinzip der Gewaltenteilung durch.

- 29 Keine Beispiele finden sich in Frankreich für die (echte) Vorwirkung und die Korrekturwirkung der Richtlinie. Beides lässt sich aus der Tradition der theoretisch strengen Unterordnung der Gerichte unter das Gesetz erklären. Berücksichtigt das Gericht eine Richtlinie vor Ablauf der Umsetzungsfrist (echte Vorwirkung), greift es in die Entscheidungsprärogative des nationalen Gesetzgebers ein und zwar unabhängig davon, ob letzterer schon mit Umsetzungsakten begonnen hat oder z.B. überhaupt keine Umsetzung anstrebt.<sup>113</sup> Eine analoge Überlegung dürfte das – aus deutscher

112 „Mais attendu que si les dispositions de l'article L. 122-12, alinéa 2, du code du travail, interprétées à la lumière de la directive n° 98/50/CEE, imposent le maintien des contrats de travail en cours y compris dans le cas où l'entité économique transférée constitue un service public administratif dont la gestion, jusqu'ici assurée par une personne privée, est reprise par une personne morale de droit public normalement liée à son personnel par des rapports de droit public, elles n'ont pas pour effet de transformer la nature juridique des contrats de travail en cause, qui demeurent des contrats de droit privé tant que le nouvel employeur public n'a pas placé les salariés dans un régime de droit public; qu'il s'ensuit que le juge judiciaire est seul compétent pour statuer sur les litiges nés de la rupture des contrats de travail (...).“

113 Eine Sperrwirkung von Gesetzgebungsverfahren kennt die französische Dogmatik nicht, vgl. *Babusiaux*, Die richtlinienkonforme Auslegung (2007), S. 97 mwN.

Sicht überraschende – Fehlen der Korrekturwirkung erklären, die die Kontrolle der Umsetzungsgesetze durch die Gerichte beschreibt.<sup>114</sup> Nach *Gény* ist die Freiheit des Richters gegenüber dem Gesetz umso größer, je veralteter es ist und nicht mehr den sozialen Anforderungen im Anwendungszeitpunkt entspricht.<sup>115</sup> Dagegen haben die Gerichte gegenüber dem zeitgenössischen Gesetzgeber Zurückhaltung zu üben und sind regelmäßig auf die *interprétation intrinsèque* beschränkt.<sup>116</sup> In diesem Rahmen kann die Richtlinie zwar als Motiv des Gesetzgebers berücksichtigt werden, etwa in dem Sinne, der Gesetzgeber habe richtlinienkonform umsetzen wollen. Damit verbunden ist aber oftmals die Vorstellung, die Richtlinie sei durch das Umsetzungsgesetz „absorbiert“ (*absorption*), so dass dem Rückgriff der Gerichte auf die umgesetzte Richtlinie auch normtechnische Gründe entgegenstehen.<sup>117</sup> Nimmt man die Rechtsprechung des *Conseil constitutionnel* hinzu, nach der die Umsetzung einer Richtlinie in nationales Gesetzesrecht eine verfassungsrechtliche Pflicht darstellt (vgl. oben Rn. 12), die allein das Verfassungsrecht kontrolliert, scheint hier zudem ein letzter Rest der Lehre vom Gesetzesschirm (*théorie de la loi-écran*, vgl. oben Rn. 13) fortzuleben. Danach bleibt es den Fachgerichten versagt, über das Gesetz hinaus die Verfassung bzw. die Richtlinie heranzuziehen, um die Tätigkeit des Gesetzgebers zu untersuchen. Dies wird auch die Einführung der konkreten Normenkontrolle durch Art. 61-1 Const. nicht ändern, denn offenbar ist die Verpflichtung aus Art. 88-1 Const. zur Umsetzung der Richtlinie kein Recht des Bürgers, das die Gerichte zur Vorlage an das Verfassungsgericht berechtigt.<sup>118</sup> Umgekehrt eröffnet sich für die Gerichte ein weiterer Bereich der Rechtsfortbildung aufgrund einer Richtlinie, wenn der Gesetzgeber noch nicht oder noch nicht erfolgreich tätig geworden ist.

#### c) Das Gemeinschaftsrecht als Inspirationsquelle der Rechtsfortbildung

Die richterliche Rechtsschöpfung aufgrund einer (nicht-umgesetzten) Richtlinie bereitet den Gerichten keine besonderen methodologischen Schwierigkeiten, ist die Richtlinie doch eine der nicht-gesetzlichen Rechtsquellen, die der Richter im Rahmen der zweistufigen Rechtsanwendung nach Art. 4 C.civ. bei Schweigen, Unvollständigkeit oder Mehrdeutigkeit des Gesetzes heranziehen kann und muss, um einen Rechtsstreit zu entscheiden (vgl. oben Rn. 3). Da die Richtlinie selbst zwischen Privaten keine unmittelbare Anwendung findet, muss der Richter zusätzlich eine taugliche Norm des nationalen Rechts auswählen, die – wie bei der richtlinienkonformen Aus-

114 Vgl. *Babusiaux*, Die richtlinienkonforme Auslegung (2007), S. 74 f.

115 *Gény*, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* (2. Aufl. 1919), Bd. 1, S. 117–123.

116 Zur Hochachtung der Gerichte gegenüber dem aktuellen Gesetzgeber vgl. nur *Carbonnier*, *Droit civil I* (2004), S. 307 f.

117 Dies ist im Einzelnen umstritten. Für Absorption: *Larroumet*, *Petites Affiches* v. 28.12.1998, 3–7; zweifelnd *Calais-Auloy*, *Rec. Dalloz* 2002 Chron., S. 2459. Von Fortbestand ausgehend *Sauron*, *L'application du droit de l'Union européenne en France* (1995), S. 56.

118 So etwa *Mathieu*, *Petites Affiches* v. 25.6.2009, 18–24.

legung im engen Sinne – die von der Richtlinie verlangte Rechtsfolge trägt.<sup>119</sup> Auch dies ist aber keine Besonderheit der gemeinschaftsrechtlichen Rechtsanwendung, sondern findet seine Entsprechung in Vorschriften des nationalen Rechts, die sich entweder wie Auslegungsgesetze (*lois interprétatives*)<sup>120</sup> auf die Ausdeutung einer bestehenden Vorschrift beschränken oder die wie innerdienstliche Anweisungen (*circulaires*) an sich keinen Regelungsgehalt haben, aber die Auslegung eines Gesetzes bestimmen können.<sup>121</sup> Von daher überrascht es nicht, dass die richtliniengestützte Rechtsfortbildung als methodisches Problem kaum Beachtung findet.

- 31 Große Aufmerksamkeit hat dagegen in Frankreich die Rechtsschöpfung der *Cour de cassation* auf Grundlage der Produkthaftungsrichtlinie<sup>122</sup> erhalten. Dies beruht nicht nur auf der rechtspolitischen Bedeutung dieser Rechtsprechung, sondern auch auf der weitgehenden Freiheit, die sich die *Cour de cassation* in methodischer Hinsicht zuerkannt hat. Hintergrund der von der Richtlinie inspirierten Rechtsprechung (*jurisprudence inspirée par la directive*) ist die um fast zehn Jahre verspätete Umsetzung der Produkthaftungsrichtlinie durch den französischen Gesetzgeber. Seit dem Ablauf der Umsetzungsfrist (30. Juli 1988) und bis zum Inkrafttreten der neu geschaffenen Art. 1386-1 bis 1386-18 C.civ. (Gesetz vom 19. Mai 1998) hat die *Cour de cassation* die dadurch entstandene Lücke zwischen Richtlinie und Gesetz durch Rechtsfortbildung geschlossen. Grundlegend ist eine Entscheidung der ersten Zivilkammer vom 9. Juli 1996, die eine bis dato fehlende Haftung für fehlerhafte Produkte<sup>123</sup> gestützt auf die Richtlinie statuiert<sup>124</sup>: „In Anbetracht der Art. 1147 und 1384 Abs. 1 C.civ., ausgelegt im Lichte der [Produkthaftungs-]Richtlinie 85/374/EG vom 24. Juli 1985: Unter Berücksichtigung, dass jeder Hersteller für den Schaden haftet, den die Fehlerhaftigkeit seines Produktes verursacht hat, sowohl mit Blick auf die unmittelbar Ge-

schädigten als auch die mittelbar Geschädigten, ohne dass danach zu unterscheiden ist, ob sie Vertragspartei oder Dritte sind“. Dadurch dass die *Cour de cassation* die Produkthaftung als Haftungsregime etabliert, das sowohl auf die Vertragshaftung (Art. 1147 C.civ.) als auch auf die Deliktshaftung (Art. 1384 Abs. 1 C.civ.) zurückgreift, bricht das Gericht in eklatanter Weise mit dem bis dato geltenden Recht, das streng zwischen Vertrags- und Deliktshaftung unterschied.<sup>125</sup> Sowohl aus rechtspolitisch als auch rechtsdogmatischer Sicht war freilich eine Überwindung dieses Gegensatzes im Anwendungsbereich der Richtlinie notwendig: Rechtspolitisch war die strenge Scheidung beider Haftungssysteme hinderlich, um Ansprüche der Angehörigen der durch den Blutprodukteskandal Geschädigten zu begründen. Rechtsdogmatisch, d.h. aus Sicht der Richtlinie, war die Unterscheidung auch hinfällig, denn die Produkthaftung bildet gerade einen Haftungsgrund, der die strenge Scheidung von Vertrag und Delikt überwindet und allein an die Sicherheit des Produktes anknüpft. Das Zitat einer nach nationalem Recht an sich unvereinbaren Kombination zweier Vorschriften belegt damit umso deutlicher, dass das nationale Recht hier nur die Hülle ist, um den Zweck der Richtlinie, die Produkthaftung, durchzusetzen: Nur die Rechtsfolgen stammen aus dem Vertrags- bzw. Deliktsrecht; die Voraussetzungen der Haftung bestimmt dagegen die Richtlinie.<sup>126</sup> Angesichts der völligen Entleerung der von der nationalen Norm verlangten Voraussetzungen ist hier wohl trotz der formalen Anknüpfung an eine gesetzliche Vorschrift auch nach französischer Vorstellung die Grenze zur *création du droit* überschritten.<sup>127</sup> Dass diese nicht auf die rechtspolitisch dringende Haftung für verseuchte Blutprodukte und Wachstumshormone<sup>128</sup>

119 Diese Bedingung folgt auch aus dem Verbot des Art. 5 C.civ., allgemeine Regelungen zu schaffen. Vgl. bereits Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* (2. Aufl. 1919), S. 147 f.; allgemein Ghestin/Goubeaux/Fabre-Magnan, *Droit civil. Introduction générale* (4. Aufl. 1994), Rn. 473 und Rn. 534.

120 Zur in Frankreich weit verbreiteten Praxis der Auslegungsgesetze vgl. nur Bach, in: *Rép. droit civil*, s.v. lois et décrets (2004) Nr. 267 f. und Nr. 324 mwN.

121 Zur Wirksamkeit derartiger Verwaltungsvorschriften vgl. nur Sonnenberger/Autexier, *Einführung in das französische Recht* (3. Aufl. 2000), Rn. 54.

122 Richtlinie 85/374/EWG des Rates v. 25.7.1985 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Haftung für fehlerhafte Produkte, ABl. 1985 L 210/29.

123 Vorläufer sind Cass. civ. v. 11.6.1991, Bull. civ. Nr. 201. Weitere Nachweise bei Calais-Auloy, *Rec. Dalloz* 2002 Chron., S. 2458, Fn. 1 sowie Rechtsprechungsübersicht bei Sargos, JCP 1998, II 10049, 599 f.; Viney, *La réception du droit communautaire en droit français et la responsabilité délictuelle et contractuelle*, in: Bergé/Niboyet (Hrsg.), *La réception du droit communautaire en droit privé des États membres* (2003), S. 100: „Cette notion de défaut de sécurité est donc une innovation incontestable apportée au droit français par la directive du 25 juillet 1985.“

124 Cass. 1<sup>re</sup> civ. v. 9.7.1996, Bull. civ. I Nr. 304, dazu Leveneur, *RTD civ.* 1997, 146. Im zitierten Urteil lehnt die *Cour de cassation* eine richtlinienkonforme Auslegung noch ab, weil die Richtlinie dem nationalen Gesetzgeber hinsichtlich der in Frage stehenden Entwicklungsfehler einen Entscheidungsspielraum belassen habe.

125 Cass. 1<sup>re</sup> civ. v. 28.4.1998, JCP 1998, II 10088: „Vu les articles 1147 et 1384, alinéa premier, du Code civil, interprétés à la lumière de la Directive CEE n° 85/374 du 24 juillet 1985: Attendu que tout producteur est responsable des dommages causés par un défaut de son produit, tant à l'égard des victimes immédiates que des victimes par ricochet, sans qu'il y ait lieu de distinguer selon qu'elles ont la qualité de partie contractante ou de tiers.“

126 Die Richtigkeit dieser Analyse zeigt die Entscheidung Cass. 1<sup>re</sup> civ. v. 24.1.2006, Bull. civ. Nr. 33. Dort führt die *Cour de cassation* mit Blick auf das Verhältnis von Art. 1147 C. civ. und der Produkthaftungsrichtlinie aus: „Angesichts des Art. 1147 C. civ. wie er im Lichte des Art. 6 der RL 85/374 ausgelegt wird: Unter Berücksichtigung, dass nach dem Wortlaut des ersten der beiden oben genannten Texte, der Schuldner der Verpflichtung für die Nichterfüllung der Pflicht haftet, wenn er nicht beweist, dass die Nichterfüllung derselben auf einer fremden Ursache beruht; dass, nach der Interpretation dieses Textes, wie sie vom zweiten [sc. der Richtlinie] befohlen wird ...“ („Vu l'article 1147 du Code civil, interprété à la lumière de l'article 6 de la directive n° 85-374 (...). Attendu qu'aux termes du premier des textes susvisés, dès lors qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère (...) le débiteur de l'obligation est responsable de l'exécution de celle-ci, (...) que, selon l'interprétation de ce texte, commandée par le second ...“).

127 Hier auf hat auch der Berichterstatter (*conseiller*) der *Cour de cassation* im fraglichen Verfahren, Sargos, in seinem *rapport* (JCP 1998, II 10088, 983) hingewiesen. Er spricht davon, die erste Zivilkammer habe die Möglichkeit, Art. 1147 C. civ. und Art. 1384 Abs. 1 C. civ. im Lichte der Richtlinie auszulegen, wobei er einräumt, man könne geneigt sein, den Ausdruck „mit neuem Inhalt füllen“ anstelle von „auslegen“ zu verwenden: „interpréter (on serait tenté d'employer l'expression 'relire') nos (...) articles 1147 et 1384, alinéa premier, du Code civil, à la lumière de la directive?“

128 Cass. 1<sup>re</sup> civ. v. 24.1.2006, Bull. civ. Nr. 34.

beschränkt war, zeigen die neuesten Anwendungen der Rechtsprechung auf Impfschäden<sup>129</sup> und Nebenwirkungen von Medikamenten<sup>130</sup>, aber auch für die Fehlerhaftigkeit eines an ein Krankenhaus gelieferten Stromaggregates<sup>131</sup>. Gemeinsam ist den hier entschiedenen Fällen, dass das schadenstiftende Inverkehrbringen des Produktes in der Zeit zwischen dem Ablauf der Umsetzungsfrist (30. Juli 1988) und dem Umsetzungsgesetz vom 19. Mai 1998 liegt. Alle nach diesem Zeitpunkt entstandenen Produktschäden unterliegen, wie die *Cour de cassation* kürzlich klarstellte<sup>132</sup>, dem neuen Gesetz. Die richtlinienkonforme Rechtsfortbildung war demnach nur eine Übergangslösung, um den in Art. 4 C.civ. wie vom Gemeinschaftsrecht geforderten Rechtsschutz durchzusetzen. Nachdem der Gesetzgeber selbst tätig geworden ist, beschränkt sich die richterliche Tätigkeit wieder auf die Gesetzesanwendung.

#### IV. Zusammenfassung und vergleichende Bemerkungen

- 32 Fasst man die Ergebnisse der französischen Methodendiskussion noch einmal zusammen, so bestätigt sich die Behauptung eines grundlegenden Wandels der richterlichen Funktion durch das Gemeinschaftsrecht. Während das traditionelle Verständnis die Gerichte auf die Gesetzesanwendung reduziert, versetzt das Gemeinschaftsrecht die Gerichte in die Lage, die Gesetze auf ihre Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht zu prüfen und bei einem Verstoß unangewendet zu lassen. Auch gegenüber der Verwaltung hat das Gemeinschaftsrecht die Befugnisse der dritten Gewalt gestärkt. Vor allem aber eröffnet die Pflicht, das Gemeinschaftsrecht vorrangig anzuwenden und das nationale Recht am Gemeinschaftsrecht auszulegen, dem Richter neue Entscheidungswege und Argumentationsmöglichkeiten, die auch das Verhältnis zu den Parteien grundlegend verändert haben. Der ehemalige Präsident der *Cour de cassation*, Guy Canivet, hat die Entwicklung daher zu Recht so bewertet: „Es scheint mir in der Tat der wichtigste Beitrag des Gemeinschaftsrechts zu sein, dass es den französischen Zivilrichter von einer vollständigen Unterwerfung unter sein nationales Gesetz befreit hat, und dass es dazu beigetragen hat, die Isolierung des Richters in der nationalen Rechtsordnung aufzubrechen, indem es ihm neue Instrumente, Aussichten und Ziele geliefert hat. Für den französischen Richter war das Gemeinschaftsrecht ein Befreier.“<sup>133</sup>

129 Cass. 1<sup>re</sup> civ. v. 24.1.2006, Bull. civ. Nr. 33; Cass. 1<sup>re</sup> civ. v. 22.5.2008, Bull. civ. Nr. 149; Cass. 1<sup>re</sup> civ. v. 19.3.2009, *pourvoi* Nr. 08-10.143 (unveröff.).

130 Cass. 1<sup>re</sup> civ. v. 15.5.2007, Bull. civ. Nr. 185.

131 Die Fehlerhaftigkeit eines Stromaggregates führt zu Brand im Krankenhaus: Cass. com. v. 24.6.2008, Bull. civ. Nr. 128. Vorlagebeschluss an den EuGH mit der Frage, ob die Richtlinie einer Auslegung entgegensteht, bei der nicht nur private Schäden, sondern auch Schäden, die durch ein fehlerhaftes Produkt im Rahmen einer wirtschaftlichen oder beruflichen Nutzung entstehen, ersetzt werden.

132 Vgl. nur Cass. 1<sup>re</sup> civ. v. 15.5.2007, Bull. civ. Nr. 186.

133 Vgl. v.a. Canivet, in: D. Simon, *Le droit communautaire et les métamorphoses du droit* (2003), S. 82: „Il me semble, en effet, que l'apport majeur du droit communautaire a été de libérer le juge judiciaire français d'une totale subordination à sa propre loi, qu'il a contribué à rompre son isolement dans son ordre interne, en lui fournissant les outils, les horizons et des ambitions nouveaux : pour le juge français, le droit communautaire a été émancipateur.“

Aus deutscher Sicht ist die Anpassungsfähigkeit der französischen Rechtsanwendung hervorzuheben, die auf viele theoretische Korsetts verzichtet. Dadurch dass sich die französische Dogmatik auf die Rechtsquellenfrage beschränkt und den Vorgang der Gesetzesauslegung und der Subsumtion als selbstverständliche richterliche Handhabung voraussetzt, bleiben viele Abstimmungsfragen, die das Zusammentreffen von nationalem Recht und Gemeinschaftsrecht aufwirft, in der souveränen Hand der Gerichte. Die Doktrin dagegen öffnet den Blick auf die größeren Entwicklungslinien und Entwicklungschancen, die das Gemeinschaftsrecht und die europäische Rechtsangleichung für die eigene Rechtsordnung bieten. Trotz der abweichenden historischen Entwicklung des richterlichen Selbstverständnisses in Deutschland könnte diese Perspektive auch die deutsche Methodendiskussion zu neuen Erkenntnissen führen. Umgekehrt ist für Frankreich zu erwarten, dass durch die wachsende Konstitutionalisierung des Privat- und Prozessrechts die traditionell großen Spielräume der Höchstgerichte in Zukunft schrumpfen. Insoweit könnte Frankreich mit Gewinn auf die weiter fortgeschrittene deutsche Diskussion der Europäischen Methoden zurückgreifen. François Génys Werk gibt einen Eindruck davon, wie fruchtbar und nachhaltig ein derartiger Blick über die Grenze für die eigene Wissenschaft sein kann.